

DIE BESCHRÄNKUNG ODER ENTZIEHUNG
DER ELTERLICHEN GEWALT
DER AUSSEREHELICHEN MUTTER

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

HERMANN STEPHAN
Gerichtsreferendar
aus Frankfurt a.M.

Marburg

1967
1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554427_0015

D I E B E S C H R Ä N K U N G O D E R E N T Z I E H U N G

D E R E L T E R L I C H E N G E W A L T

D E R A U S S E R E H E L I C H E N M U T T E R

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

HERMANN STEPHAN

Gerichtsreferendar

aus Frankfurt a.M.

Marburg

1967

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät

angenommen am:	14. Februar 1967
Berichterstatter:	Professor Dr. Dr. Lücken
Mitberichterstatter:	Professor Dr. Dr. Pirson
Tag der mündlichen Prüfung:	15. Februar 1967



Meiner Frau

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VI
Vorwort	1
A. Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter nach § 1696 BGB oder nur nach §§ 1666 ff. BGB ?	2
I. Streitstand in Literatur und Rechtsprechung	7
II. Beschränkung oder Entziehung nach § 1696 BGB ?	12
1. § 1696 BGB als freiheitsbeschränkende Norm und das rechtsstaatliche Bestimmtheitserfor- dernis.	15
a) Allgemeines zum Bestimmtheitserfordernis. ...	15
b) Elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter ein Freiheitsrecht im Sinne des Gesetzes- vorbehalts?	18
2. Elterliche Gewalt des BGB überhaupt als Grundrecht geschützt?	19
a) Streitstand in Literatur und Rechtsprechung.	20
b) Wortlaut des GG - Wortlaut des BGB.	25
c) Auslegung der Begriffe "Pflege und Erziehung".	26
aa) Der Begriff "Erziehung".	30
bb) Der Begriff "Pflege".	31
d) Personensorge im Verhältnis zu "Pflege und Erziehung".	34
e) Vermögenssorge im Verhältnis zu "Pflege und Erziehung".	36

	Seite
3. Elterliche Gewalt auch der außerehelichen Mutter als Grundrecht geschützt?	39
a) Streitstand in Literatur und Rechtsprechung.	39
b) Logische und systematische Auslegung des Art. 6 GG.	43
aa) Betrachtung der Aufeinanderfolge der Begriffe "Ehe und Familie" und "Eltern" in den Abs. 1 und 2.	43
bb) Vergleich der Begriffe "Eltern" (Abs. 2) und "Erziehungsberechtigte" (Abs. 3, evtl. auch Art. 7 Abs. 2 GG).	44
cc) Untersuchung des Begriffes "Familie" in Art. 6 Abs. 1 und 3 GG.	53
dd) Art. 6 Abs. 4 und 5 GG.	59
c) Untersuchung der Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG (historische Interpretation).	61
d) Untersuchung der Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 2 GG.	69
e) Teleologische Auslegung des Art. 6 Abs. 2 GG. Rechtsfindung.	72
aa) Allgemeines.	73
bb) Auslegungs- und Rechtsfindungsmittel im Verfassungsrecht.	76
cc) Ermittlung des hypothetischen Willens des Gesetzgebers.	77
aaa) Die herrschende Meinung.	77
bbb) Äußerung des Gesetzgebers in neueren Gesetzen, hier: § 1707 Abs. 2 BGB.	78
ccc) Wertung der Schaffung des § 1707 Abs. 2 BGB.	81
Beseitigung einer ungerechtfertigten Diskriminierung der außerehelichen Mutter.	81
Gleicher Schutz für das außerehelich geborene Kind.	90
dd) Ergebnis des Rechtsfindungsversuchs.	93

4. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1696 BGB gemessen am Bestimmtheitserfordernis.	94
a) Der Begriff "Interesse des Kindes".	95
b) Der Begriff "angezeigt".	96
c) Unbestimmte Rechtsbegriffe.	99
5. Geringere Voraussetzungen des § 1696 BGB gegenüber den §§ 1666 ff. BGB für Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter gerechtfertigt?	106
a) Die rechtliche Minderstellung der außerehelichen Mutter bei Anwendung des § 1696 BGB.	106
b) Anwendung der §§ 1666 ff. BGB durch Grundrechtsqualität der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter bedingt.	110
6. Verfassungskonforme Auslegung des § 1696 BGB?	111
B. Überprüfung der Anwendbarkeit der §§ 1666 ff. BGB auf die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter im Hinblick auf die Interessen des Kindes.	113
C. Vertretbarkeit der Anwendung des § 1696 BGB zur nachteiligen Änderung einer nach §§ 1671, 1672 BGB getroffenen Sorgerechtsregelung?	117
D. Elternrechtsbeschränkung ohne Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB bei Einwilligung der außerehelichen Mutter?	122
E. Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz über die rechtliche Stellung der außerehelichen Kinder.	131

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am vorher angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift
BayVGh	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bd.	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bem.	Bemerkung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
EheG	Ehegesetz
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EJF	Entscheidungen aus dem Jugend- und Familien- recht. Loseblattsammlung
Erl.	Erläuterung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Frei- willigen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch- land vom 23. 5. 1949
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährden- der Schriften vom 29. 4. 1961
HA-Steno	Stenographische Protokolle der Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates Bonn 1948/49

h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
i.d.F.	in der Fassung
i.S.	im Sinne
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz vom 11. 8. 1961
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F. (NF)	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RdJ	Recht der Jugend, Zeitschrift
Rdnr.	Kandnummer
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 1921
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, auch: Seite
StAZ	Das Standesamt, Zeitschrift
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. 5. 1871
StPO	Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877
StVG	Straßenverkehrsgesetz
u.a.	unter anderem, unter anderen
VerwArch.	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Entscheidungssammlung
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
ZBlJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Zeitschrift

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Achilles-Greiff Bürgerliches Gesetzbuch, Einführungsgesetz, Nebengesetze. Kommentar, bearbeitet u.a. von Beitzke, 21. Aufl. 1958, Nachtrag 1963.
- Anders, J. Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt. FamRZ 1960, 475 ff.
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Kommentar. 3. Bearbeitung, 11. Aufl. Berlin 1929.
- Arnold, Egon Die elterliche Gewalt der unehelichen Mutter und die Eheklarerklärung oder Adoption ihres Kindes. FamRZ 1966, 341 ff.
- Bartholomeyczik, Horst Die Kunst der Gesetzesauslegung. Frankfurt a.M. 1951.
- Baumgarten, Arthur Grundzüge der juristischen Methodenlehre. Bern 1939.
- Beitzke, Günther Familienrecht. Ein Studienbuch. 12. Aufl. München und Berlin 1964.
- ders. Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht. FamRZ 1958, 7 ff.
- ders. Sorgerechtsregelung bei Ausländerkindern. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag. II. Band S. 493 ff. Berlin, Frankfurt, Tübingen 1955.
- ders. Zur Neuordnung des Unehelichenrechts. ZBlJugR 1963, 174 ff.
- Bosch, Friedr. Wilh. Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechts des unehelichen Kindes zu stellen? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag (Hannover 1962). Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentags. Bd. I (Gutachten) 1. Teil Heft B. Tübingen 1962.
- Brockhaus Der Große Brockhaus. 26. Aufl. 3. Bd. Wiesbaden 1953.

- Dölle, Hans Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen. Bearbeitet u.a. von Genzmer. Bd. II Karlsruhe 1965.
- Dürig, Günter Siehe Maunz-Dürig.
- Dunz, Walter Zur Reform des Unehelichenrechts. NJW 1962, 1472 ff.
- Eißer, Georg Der Unterhalt unehelicher Kinder. FamRZ 1963, 473 ff.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Lehrbuch. 1. Halbband. 15. Aufl. Tübingen 1959.
- Erdsiek, Gerhard Freiheitsentziehung und richterliche Kontrolle. NJW 1960, 1385 ff.
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. und 2. Bd., bearbeitet u.a. von Wefermehl und Ronke. Münster/Westfalen 1962.
Nachtragsheft für den 2. Bd. nach dem Stand vom 1.1.1964. Münster/Westfalen 1964.
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 4. Aufl. München und Berlin 1965.
- Finke, F. J. Zum neuen Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz). FamRZ 1958, 353 ff.
- Fleig, Paul Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz. Freiburg 1953.
- Forsthoff, Ernst Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. Festschrift für Carl Schmitt. Berlin 1954. . . . ff.
- Geiger, Willi Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. vom 12. März 1951. Kommentar. Berlin und Frankfurt 1952.

- Gernhuber, Joachim Elterliche Gewalt heute. Eine grundsätzliche Betrachtung. FamRZ 1962, 89 ff.
- ders. Lehrbuch des Familienrechts. München und Berlin 1964. Zitiert als "Familienrecht".
- Glässing, Hellmut Voraussetzungen der Adoption. Frankfurt a.M. - Berlin 1957.
- Göppinger, Horst Irrungen und Wirrungen im Unehelichenrecht. Einige Bemerkungen zu §§ 1707 II, 1709, 1727, 1738, 1747 III BGB sowie zu den Beschlüssen des 44. Deutschen Juristentags. FamRZ 1962, 449 ff.
- ders. Die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die uneheliche Mutter. FamRZ 1961, 516 ff.
- Grimm, Jacob und Wilhelm Deutsches Wörterbuch. 7. Band. Bearbeitet von Dr. Matthias von Lexer. Leipzig 1889.
- Groß, Rolf Zur Unterbringung Minderjähriger aus erzieherischen Gründen. RdJ 1962, 39 ff.
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz. Kommentar. 2. Aufl. Neuwied-Berlin-Darmstadt 1961.
- Hansmann, Klaus Der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes. FamRZ 1962, 452 ff. und FamRZ 1963, 489 f.
- Herder Der Große Herder. Nachschlagewerk für Wissen und Leben. 5. Aufl. 3. Band. Freiburg 1957.
- Hirsch, Michael Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts. Praxis und Reformbedürftigkeit des Sorgerechtsentzugs. Reformvorschläge. Berlin-Spandau, Neuwied 1965.
- Hübner, Konrad Die künftige Rechtsstellung des unehelichen Kindes. Berlin 1954.
- Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Neue Folge, Band 1. Herausgegeben von Gerhard Leibholz und Hermann v. Mangoldt. Tübingen 1951.
Kopftitel: Das öffentliche Recht der Gegenwart.

- Jansen, Paul Freiwillige Gerichtsbarkeit. Handkommentar. Berlin 1959.
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips. Tübingen 1961.
- ders. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. AöR Bd. 82, 163 ff.
- Keidel, Fritz und
 Theodor Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar. Begründet von Fritz Keidel, fortgeführt von Theodor Keidel. 8. Aufl. München und Berlin 1963.
- Knöpfel, Gottfried Der Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung des unehelichen Kindes. FamRZ 1966, 273 ff.
- Krüger, Herbert Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz. DVBl 1950, 625 ff.
- Krüger, Hildegard Uneheliche Kinder. In: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 4, 1. Halbband, S. 325 ff. Berlin 1960.
- Krüger, Hildegard Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder nach dem Grundgesetz. Berlin-Spandau 1960.
- Krüger-Breetzke-Nowak Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar von Hildegard Krüger, Ernst Breetzke und Kuno Nowak. München und Berlin 1958.
- Küchenhoff, Erich Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungenauslegung. DVBl 1951, 585 ff.
- Lange, Hermann Ein Reformvorschlag zum Unehelichenrecht. JZ 1966, 727 ff.
- Leibholz, Gerhard Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage. 2. Aufl. München und Berlin 1959.
- Lindacher, Walter F. Der Minderjährigen-Vormund als Grundrechtsinhaber. FamRZ 1964, 116 ff.

- Lücken, Kurt Sachverständigenaufgaben im Familien- und Jugendwohlfahrtsrecht. In: Jahrbuch für Jugendpsychiatrie und ihre Grenzgebiete, herausgegeben von W. Villingen und H. Stutte. Bern und Stuttgart Bd. III 1962 S. 174 ff. (Zitiert: "Lücken")
- ders. Elternrecht und Heimerziehung. In: Handbuch der Heimerziehung. Unter Mitwirkung von Sachverständigen aller Gebiete und Richtungen der Heimerziehung in Gemeinschaft mit Hans Scherpner, herausgegeben von Friedrich Trost. Frankfurt, Berlin, Bonn 1966, S. 1162 ff.
- V.Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. Berlin und Frankfurt a.M. 1953.
- v.Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz. Bd. I. Erläutert von Hermann von Mangoldt, 2. Aufl. von Friedrich Klein. Berlin und Frankfurt a.M. 1957.
- Maßfeller, Franz Das Familienrechtsänderungsgesetz. StAZ 1961, 241 ff.
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch. 10. Auflage. München und Berlin 1961.
- Maunz-Dürig Grundgesetz. Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig. Bd. I München und Berlin 1964.
- Mayer, Helmuth Elternrecht, Schule und Kirche. DVBl 1955, 981 ff.
- Motive ... zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. IV Familienrecht. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
- Nawiasky-Leusser Die Verfassung des Freistaats Bayern vom 2. Dezember 1946, erläutert von Hans Nawiasky und Claus Leusser. Systematischer Überblick und Handkommentar. München und Berlin 1948.
- Neuhaus, Paul Heinrich Drei Thesen zur Reform des Unehelichenrechts. FamRZ 1963, 326 ff.

- Niclas, Ilse-Dore Die elterliche Gewalt für die uneheliche Mutter und das Grundgesetz. ZBlJugR 1960, 207 f.
- Ossenbühl, Fritz Probleme und Wege der Verfassungsauslegung. DÖV 1965, 649 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach. 25. Aufl. München und Berlin 1965.
- Parlamentarischer Rat Bonn 1948/49
 Band 1: Verhandlungen des Hauptausschusses.
 Band 2: Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen Nr. 850, 854), erstattet von den Berichterstatlern des Hauptausschusses für das Plenum.
 Band 3: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Entwürfe). Formulierungen der Fachausschüsse, des Allgemeinen Redaktionsausschusses, des Hauptausschusses und des Plenums.
- Perschel, Wolfgang Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht. RdJ 1962, 53 ff.
- Peters, Hans Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule. In: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 4, 1. Halbband S. 369 ff. Berlin 1960.
- Randert, Klaus Freiheitsentziehung und Erziehungsrecht. RdJ 1960, 369 ff.
- rd. St. Zur Stellung von Vormund und Pfleger nach dem Grundgesetz. ZBlJugR 1962, 152ff.
- Redeker-v.Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 2. Aufl. Stuttgart 1965.
- Referentenentwurf ... eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (Unehelichengesetz), herausgegeben vom Bundesjustizministerium, Bielefeld 1966.

- Reichsgerichtsräte-
kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar,
herausgegeben von Reichsgerichtsräten und
Bundesrichtern. 10. und 11. Aufl., IV Bd.,
2. Teil, Berlin 1964.
Bearbeitet von Karl E. Mayer und Georg
Scheffler.
- Riedel, Hermann Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. 4. Aufl.
Berlin 1965.
- Rüfner, Wolfgang Zum Elternbegriff des Grundgesetzes.
FamRZ 1963, 153 ff und 490.
- Scheuner, Ulrich Die Rechtsprechung des Bundesverfassungs-
gerichts und das Verfassungsrecht der
Bundesrepublik. DVBl 1952, 613 ff.
- Schlosser, Peter Der Einfluß des Grundgesetzes auf die
privatrechtliche Stellung des unehelichen
Kindes. FamRZ 1963, 601 ff.
- ders. Anmerkungen zum "Heidelberger Entwurf
1963" betreffend die Neuordnung des Un-
ehelichenrechts. FamRZ 1964, 273 ff.
- ders. Welche Anforderungen sind an eine Reform
des Rechts des unehelichen Kindes zu
stellen? FamRZ 1963, 14 ff.
- Schüler-Springorum,
Horst Die Bedeutung des Art. 104 GG für die
Freiwillige Erziehungshilfe. FamRZ 1961,
_96 ff.
- Schwoerer, Julius Der Einfluß von Störungen in der elter-
lichen Gewalt des einen Elternteils auf
die elterliche Gewalt des anderen Eltern-
teils nach altem Recht, Zwischenrecht
und neuem Recht. FamRZ 1958, 41 ff.
- ders. Die elterliche Gewalt nach Scheidung der
Ehe und bei Getrenntleben der Eltern
(§§ 1671, 1672 BGB n.F.). FamRZ 1958,
433 ff.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar.
IV. Band: Familienrecht, bearbeitet u.a.
von Germer, Lade und Lange. 9. Aufl.
Stuttgart 1959-1963.

- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band I Allgemeiner Teil. Erläutert von
Franz Brändl und Helmut Coing.
11. Aufl. München 1957.
Band IV Familienrechtl. 2. Teil: §§ 1589 -
1921. Erläutert von Theodor Engel-
mann. Herausgegeben von Fritz
Keidel. 9. Aufl. München, Berlin
und Leipzig 1926.

Teil 3 Lieferung 2. Erläutert von
Helmut Donau. 10./11. Aufl., 36.
Lieferung Berlin 1964.

Teil 3 a Lieferung 3. Erläutert
von Donau, Göppinger und Engler.
10./11. Aufl., 38. Lieferung
Berlin 1964.
- Stein Erwin Die rechtsphilosophischen und positiv-
rechtlichen Grundlagen des Elternrechts.
In: Erwin Stein - Wilfried Joest - Hans
Dombois, Elternrecht, Studien zu seiner
rechtsphilosophischen und evangelisch-
theologischen Grundlegung, Heidelberg
1958 S. 5 ff.
- Stern, Klaus Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG
vom 11. 6. 1958 (abgedruckt in NJW 1958,
1227). NJW 1958, 1435.
- Über, Giesbert Freiheit des Berufs. Hamburg 1952.
- Urbach, Peter Übertragung der elterlichen Gewalt oder
Adoption. ZBlJugR 1962, 291 ff.
- Wägenbaur, Rolf Zur Aktualisierung des Art. 6 Abs. V GG
durch die Rechtsprechung. FamRZ 1962,
129 ff.
- Zarbock Zur Neuordnung des Unehelichenrechts.
ZBlJugR 1966, 291 ff.
- Zimmermann, Theo Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel
höchstrichterlicher Rechtsprechung.
NJW 1956, 1262 ff.
- Zinn-Stein Die Verfassung des Landes Hessen.
Kommentar, herausgegeben von Georg
August Zinn und Erwin Stein. 1. Bd.
Bad Homburg v.d.H. und Berlin 1954.
- Zweigert, Konrad Leitsätze für den 44. DJT zur Reform des
Unehelichenrechts. ZBlJugR 1962, 233 f.

V o r w o r t

Die Frage der Beschränkung oder Entziehung der einer außerehelichen Mutter nach § 1707 Abs. 2 BGB übertragenen elterlichen Gewalt wurde bisher überwiegend mit bürgerlichrechtlichen Erwägungen entschieden. Soweit man die Beschränkung oder Entziehung nach § 1696 BGB zugelassen hat, wurde nicht gewürdigt, ob diese Norm, die sich hierbei als Ermächtigung des Staates zur Freiheitsbeschränkung darstellen könnte, dem rechtsstaatlichen Erfordernis der Bestimmtheit solcher Normen genügt. Ferner wurde bisher die damit zusammenhängende Frage nicht ausführlich erörtert, ob das Elternrecht der außerehelichen Mutter den Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG genießt, aus deren bejahender Beantwortung sich ganz bestimmte Folgerungen für die notwendigen Voraussetzungen einer das Elternrecht einschränkenden Norm ergeben. Die vorliegende Untersuchung soll hauptsächlich der Klärung dieser grundsätzlichen Fragen dienen.

A. Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter nach § 1696 BGB oder nur nach §§ 1666 ff. BGB ?

In Literatur und Rechtsprechung besteht keine Einhelligkeit darüber, wie einer außerehelichen Mutter, der gemäß § 1707 Abs. 2 S. 1 BGB vom Vormundschaftsgericht die elterliche Gewalt übertragen wurde, diese übertragene elterliche Gewalt wieder beschränkt oder gar ganz entzogen werden kann, wenn Umstände eintreten, die die außereheliche Mutter als ungeeignet zur Ausübung der elterlichen Gewalt erscheinen lassen. Es ist streitig, ob dies nur nach den strengen Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB wie bei den ehelichen Eltern zu geschehen hat, oder ob derartige Maßnahmen nach § 1696 BGB erfolgen müssen, der lediglich als Voraussetzung anführt, daß das Vormundschaftsgericht eine Änderungsentscheidung "im Interesse des Kindes für angezeigt hält".

Man könnte denken, die Entscheidung dieser Frage nach der einen oder anderen Seite habe keine große praktische Bedeutung, weil es in Literatur und Rechtsprechung unstreitig ist,¹⁾ daß einer außerehelichen Mutter der wesentliche Teil der elterlichen Gewalt, nämlich die ihr von vornherein zustehende sogenannte faktische Personensorge (§ 1707 Abs. 1 S. 2 BGB), nur gemäß § 1666 BGB entzogen werden kann. Indessen darf nicht die Bedeutung der übrigen Teile der elterlichen Gewalt verkannt werden, deren Beschränkung oder Entziehung für Mutter und Kind

¹⁾ Vgl. z.B. Palandt-Lauterbach § 1707 Anm. 2; Staudinger-Göppinger § 1666 Rdnr. 8; OLG Celle in ZBLJugR 1954, 305.

sehr einschneidend wirken können. So wird z.B. das Vertretungsrecht der außerehelichen Mutter in Angelegenheiten der Personensorge wichtig und lebensentscheidend für das Kind, wenn es darum geht, einen Lehr- oder Arbeitsvertrag für das Kind abzuschließen. Hier verdichtet sich geradezu in dem Vertretungsrecht die Fähigkeit der außerehelichen Mutter, für die Zukunft das persönliche Wohl des Kindes in tatsächlicher Hinsicht zu gestalten - mittelbar durch den Lehr- oder Dienstherrn - und dem Kind in Form eines bestimmten Lehr- oder Arbeitsverhältnisses eine bestimmte Erziehung angedeihen zu lassen.

Welche Bedeutung hier die Frage hat, ob eine Beschränkungs- oder Entziehungsmöglichkeit nach § 1696 BGB oder nur nach §§ 1666 ff. BGB besteht, soll an einem Beispiel erläutert werden. Eine Mutter will ihr Kind ein Handwerk erlernen lassen, zu dem das Kind auch begabt ist; das Kind möchte aber lieber eine kaufmännische Lehre beginnen, zu der es ebenfalls die nötigen Qualitäten mitbringt. Ein Vormundschaftsrichter, der die Anwendbarkeit des § 1696 BGB zur Änderung der nach § 1707 Abs. 2 BGB getroffenen Übertragungsentscheidung bejaht, könnte zu dem Ergebnis kommen, daß eine Beschränkung der elterlichen Gewalt der Mutter in diesem Fall möglich sei, weil seines Erachtens es eher im Interesse des Kindes und seiner zukünftigen Entwicklung liege, wenn der Berufswunsch des Kindes verwirklicht werde, zumal das Kind für den von ihm selbst erwählten Beruf auch geeignet sei. - Wenn der Vormundschaftsrichter

dagegen nur die §§ 1666 ff. BGB bei Beschränkungen der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter für anwendbar erachtet, dann wird es ihm in Anbetracht der engen Voraussetzungen des § 1666 BGB (Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes durch Sorgerechtsmißbrauch, Vernachlässigung, ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel) schon auf den ersten Blick unmöglich erscheinen, die elterliche Gewalt in einem solchen Fall zu beschränken.

Während also in dem Beispielsfall je nach dem Standpunkt der eine Vormundschaftsrichter u. U. die elterliche Gewalt der Mutter beschränken wird, wird der andere von vornherein keine Möglichkeit der Beschränkung sehen. Diese denkbare unterschiedliche Behandlung ein und desselben Falles ist unbefriedigend. Im Interesse einer einheitlichen Handhabung der Beschränkungs- bzw. Entziehungsmöglichkeit ist eine Klärung der Rechtslage angebracht.

Auch bei der Vermögensverwaltung lassen sich - wenn auch nur beschränkt - solche Konfliktfälle vorstellen. Z.B.: Der außereheliche Erzeuger gewährt dem Kind regelmäßig einen so hohen Unterhalt, daß die Mutter einen beträchtlichen Teil dieses Geldes für das Kind sparen kann. Die Mutter hat ein normales Sparkonto für das Kind angelegt; von einer erheblich gewinnbringenderen Geldanlage, z.B. Prämiensparen, Erwerb von festverzinslichen Papieren, hält sie nichts. Ein Vormundschaftsrichter, der eine bessere Anlage des Geldes im Interesse des Kindes erreichen möchte, könnte,

wenn er eine Änderung der die elterliche Gewalt übertragenden Entscheidung nach § 1696 BGB erwägt, zu einer nach dem Wortlaut des § 1696 BGB zu rechtfertigenden Entziehung der Vermögensverwaltung kommen, während ein anderer Vormundschaftsrichter, der lediglich §§ 1666 ff. BGB für anwendbar hält, bei dieser Sachlage nicht im entferntesten einen Entzug der Vermögensverwaltung für möglich halten wird.

Aus der Rechtsprechung sind solche Fälle bisher noch nicht bekanntgeworden. Das OLG Stuttgart¹⁾ erörterte die hier anstehende Frage im Rahmen allgemeiner Äußerungen zu der Rechtsstellung der außerehelichen Mutter. Zwei anderen Gerichtsentscheidungen lagen andere Fallgestaltungen zugrunde.²⁾

Auch die Literatur mußte bei der häufigen Auseinandersetzung mit der Frage der Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter solcher Beispielsfälle aus der Praxis entraten. Dennoch hat die Auseinandersetzung mit dieser Frage eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, weil sie in der Praxis jeden Tag wichtig werden kann und vielleicht auch schon wichtig gewesen ist - nur daß eben die Einzelfälle der Öffentlichkeit noch nicht bekannt sind.

¹⁾ FamRZ 1963, 525 ff. (526 f.).

²⁾ Das AG München, FamRZ 1965, 230, behandelte kurz diese Frage anläßlich der von einer außerehelichen Mutter freiwillig begehrten Beschränkung der elterlichen Gewalt, damit sie im Prozeß ihres Kindes gegen den plötzlich wiederaufgetauchten Vater als Zeugin auftreten konnte.

Das AG Roth b. Nürnberg, ZBlJugR 1966, 75, behandelte diese Frage ebenfalls nur sehr kurz in einem Fall, in dem einer außerehelichen Mutter, die ihres 17-jährigen Sohnes - er hatte über 15000 DM Schulden gemacht und seine Mutter veranlaßt, für ihn Kredite von über 5000 DM aufzunehmen - nicht mehr Herr wurde und die auftretenden rechtlichen Schwierigkeiten nicht mehr beseitigen konnte, die Ausübung der elterlichen Gewalt entzogen wurde.

Noch zwei Aspekte sollen, kurz skizziert, das hier anstehende Problem verdeutlichen. Bejaht man die Beschränkungs- bzw. Entziehungsmöglichkeit nach § 1696 BGB, dann bedeutet dies für die außereheliche Mutter, daß sie als Inhaberin der vollen elterlichen Gewalt zwar in der Ausübung die gleichen Rechte wie eheliche Eltern genießt, nicht aber denselben Schutz vor Beschränkung oder gar Entziehung hat wie eheliche Eltern, deren elterliche Gewalt nur über die §§ 1666 ff. BGB beschränkt oder entzogen werden kann. Damit stellt sich die Frage: Sollte die außereheliche Mutter nicht von Gesetzes wegen mit der Übertragung der vollen elterlichen Gewalt des gleichen Rechtsschutzes teilhaftig sein wie eheliche Eltern ?

Auf der anderen Seite, vom Kind her betrachtet, bedeutet die Anwendbarkeit des § 1696 BGB, daß schon bei geringeren Beeinträchtigungen des Kindeswohls, als §§ 1666 ff. BGB sie voraussetzen, vom Vormundschaftsgericht die Vormundschaft wiederaufgerichtet oder wenigstens eine Pflegschaft angeordnet werden kann. Rechtfertigt die Situation des außerehelichen Kindes aber ein fürsorgendes Eingreifen des Vormundschaftsgerichts in die elterliche Gewalt der Mutter schon bei geringeren Beeinträchtigungen, als sie bei einem ehelichen Kind vorliegen müssen, damit das Vormundschaftsgericht in die elterliche Gewalt eingreifen kann ? Genügt zum Schutz des außerehelichen Kindes nicht die Regelung der §§ 1666 ff. BGB ?

I. Streitstand in Literatur und Rechtsprechung.

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961¹⁾ sollte, wenn es zum Wohl des Kindes erforderlich²⁾ sei, eine nachträgliche Einschränkung und ein Widerruf der Übertragung nach § 1696 BGB möglich sein; die Begründung betont ausdrücklich, daß die Voraussetzungen des § 1666 BGB nicht vorzuliegen brauchten.

Auch Soergel-Siebert-Lade³⁾ ist der Ansicht, daß das Vormundschaftsgericht nach § 1696 BGB die Übertragung der elterlichen Gewalt an die außer-eheliche Mutter rückgängigmachen oder ändern könne, wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt halte. Soergel-Siebert-Lade betont - wie die Begründung des Regierungsentwurfs - ausdrücklich, daß die Voraussetzungen für ein Einschreiten nach § 1666 BGB nicht vorzuliegen brauchten.

1) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957, Anlagen-Band 58, Drucksache Nr. 530 S. 18.

2) Die Begründung (siehe Fußn. 1) nennt mit Bezug auf § 1696 BGB als Voraussetzung "erforderlich", wohingegen aber § 1696 BGB als Voraussetzung für eine Änderungsentscheidung des Vormundschaftsgerichts das schon sprachlich sinnfällig weniger strenge "angezeigt" enthält.

3) § 1707 Rdnr. 16.

G. Scheffler im Reichsgerichtsrätekomentar¹⁾ hält ebenfalls § 1696 BGB bei einer Änderungsentscheidung des Vormundschaftsgerichts zum Nachteil der außerehelichen Mutter für anwendbar. Wenn man die in § 1707 Abs. 1 BGB normierte Beschränkung der elterlichen Gewalt auf die tatsächliche Personensorge nicht für verfassungswidrig halte, dann könne man es auch nicht als verfassungswidrig ansehen, daß dem Vormundschaftsgericht die Befugnis, die Beschränkung aufzuheben, mit der Maßgabe gegeben werde, seine Aufhebungsanordnung im Interesse des Kindes zu ändern, ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 BGB erforderlich seien.

Neuerdings vertritt auch Dölle²⁾ diese Ansicht. Bei der Entziehung der elterlichen Gewalt unterscheidet er danach, ob die elterliche Gewalt originär ist oder ob sie durch das Vormundschaftsgericht übertragen wurde. In dem letzten Fall solle nach dem System des BGB grundsätzlich § 1696 BGB angewendet werden. Für diese Behauptung der der Regelung des BGB innewohnenden Unterscheidung zwischen originärer und abgeleiteter elterlicher Gewalt wird als Beispiel § 1671 Abs. 5 BGB genannt, durch den der Gesetzgeber die Anwendung des § 1696 BGB ausgeschlossen habe. Ferner glaubt Dölle, die außereheliche Mutter würde bei Anwendung des § 1666 BGB ungerechtfertigt besser be-

¹⁾ § 1707 Anm. 9.

²⁾ Familienrecht Bd. II S. 388 f.

handelt als die geschiedene und die elterliche Gewalt allein ausübende eheliche Mutter, der die elterliche Gewalt nach § 1671 Abs. 5 BGB entzogen werden kann, ohne daß ein Verschulden vorzuliegen braucht, wohingegen Dölle für § 1666 BGB immer ein Verschulden verlangt. Indessen mißt Dölle dieser Streitfrage letztlich doch keine große Bedeutung zu, weil zwischen § 1696 BGB und § 1666 BGB nur ein gradueller Unterschied bestehe und außerdem - weil das wesentliche Element der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter, die tatsächliche Personensorge, sowieso nur nach § 1666 BGB entzogen werden könne - die Streitfrage allenfalls für die Entziehung der Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten und der Vermögensverwaltung von Bedeutung sei. In keinem denkbaren Einzelfall mache es einen Unterschied, welche Vorschrift für die Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter anzuwenden sei; lediglich aus optischen Gründen sei die Schaffung einer dem § 1671 Abs. 5 BGB entsprechenden Vorschrift für die außereheliche Mutter empfehlenswert.

Die überwiegende Zahl der sich zu dieser Frage Äußernden Autoren hält jedoch eine Anwendung der §§ 1666 ff. BGB bei Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter für geboten.

Nach Maßfellers Ansicht¹⁾ ist die außereheliche Mutter, der die elterliche Gewalt übertragen wurde, der verwitweten ehelichen Mutter gleichgestellt. Die außereheliche Mutter verliere also die Ausübung der elterlichen Gewalt nur unter denselben Voraussetzungen wie die eheliche Mutter.

¹⁾ StAZ 1961, 241 ff. (249). Die gleiche Ansicht vertritt Beitzke, Studienbuch, § 33 I 4.

Göppinger¹⁾ lehnt die Anwendung des § 1696 BGB für eine Änderung der Anordnung nach § 1707 Abs. 2 BGB ab und verweist dabei ebenfalls auf die seiner Ansicht nach analogen Fälle der verwitweten Mutter oder der geschiedenen Mutter, der nach § 1671 BGB die elterliche Gewalt übertragen worden ist. Letzterer könne nur unter den Voraussetzungen des § 1671 Abs. 5 BGB gemäß § 1696 BGB die elterliche Gewalt beschränkt oder entzogen werden. Es wäre nach Göppingers Ansicht auch ungereimt, wenn die tatsächliche Personensorge (§ 1707 Abs. 1 S. 2 BGB) nur unter den Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 BGB, dagegen das Recht der Vertretung des Kindes in Angelegenheiten der Personensorge unter den leichteren Voraussetzungen des § 1696 BGB beschränkt oder entzogen werden könnte.

Palandt-Lauterbach²⁾ vertritt die Ansicht, daß eine Änderung der übertragenden Verfügung durch das Vormundschaftsgericht nicht nach § 1696 BGB erfolgen könne, da nach Übertragung die nunmehr vollberechtigte Mutter den Schutz des Art. 6 GG genieße.

Auch Finke³⁾ und Hildegard Krüger⁴⁾ fordern mit Rücksicht auf Art. 6 GG eine Anwendung der §§ 1666, 1667 BGB bei Entziehung oder Beschränkung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter.

Gernhuber⁵⁾ und Schlosser⁶⁾ meinen, der Sinn des § 1707 Abs. 2 BGB sei die Näherung der außereheli-

1) FamRZ 1961, 516 ff. (517) und bei Staudinger Vorbem. 24 vor § 1666 und Bem. 8 zu § 1666.

2) § 1707 Anm. 3.

3) FamRZ 1958, 357.

4) Rechtsstellung des unehelichen Kindes, S. 26 ff.

5) Familienrecht, S. 624.

6) FamRZ 1964, 273 ff. (274).

chen Mutter an die Position der alleinstehenden ehelichen Mutter, und daher dürfe in die einmal übertragene elterliche Gewalt nur auf Grund der §§ 1666, 1667 BGB eingegriffen werden; Gernhuber meint allerdings, eines Rückgriffes auf Art. 6 GG bedürfe es nicht.¹⁾

Erman-Hefermehl²⁾ hat die im Kommentar³⁾ vertretene Auffassung, daß für die Zurücknahme oder Einschränkung der Übertragung die Voraussetzungen des § 1696 BGB genügen, aufgegeben; die Tragweite der Übertragung der elterlichen Gewalt spreche dafür, die strengeren Voraussetzungen des § 1666 BGB zu fordern.

Riedel in seinem Kommentar zum JWG⁴⁾ nimmt - soweit ersichtlich: als einziger - einfach als gegeben hin, daß zu einer Änderung der Übertragungsentscheidung nach derzeitigem Recht nur § 1696 BGB anwendbar sei, obwohl er die gegenwärtige Regelung nicht für gerechtfertigt erachtet und eine der außerehelichen Mutter kraft Gesetzes von vornherein zustehende elterliche Gewalt (mit allen ihren Konsequenzen, wie z.B. eine Entziehung oder Beschränkung nur nach den §§ 1666 ff. BGB) wünscht.

Die Gerichte waren anscheinend noch nicht häufig mit dieser Frage befaßt. Es liegen nur wenige Erkenntnisse vor.

Der 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart⁵⁾ entschied mit großem Nachdruck, daß für eine Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter nicht § 1696 BGB, sondern nur die §§ 1666, 1667 BGB anzuwenden seien. Der Sinn und Zweck

1) Familienrecht, S. 624 Fußn. 3.

2) Nachtragsheft für den 2. Bd. nach dem Stand vom 1.1.1964, zu Bem. 7 zu § 1707 BGB.

3) § 1707 Bem. 7.

4) § 37 V 10 (S. 388).

5) FamRZ 1963, 525 ff., 526 f.

des § 1707 Abs. 2 BGB gehe dahin, der außerehelichen Mutter die gleiche Rechtsstellung zu verleihen, wie sie die alleinstehende eheliche Mutter inne habe.

Das BayObLG¹⁾ ließ diese Frage unentschieden, als sie im Laufe einer Entscheidung am Rande auftauchte.

Neuerdings hat in einem Beschluß vom 22. 1. 1965 das AG München²⁾ unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers - wofür die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1707 Abs. 2 BGB angeführt wurde - die Anwendbarkeit des § 1696 BGB bejaht; die Voraussetzungen des § 1666 BGB brauchten nicht vorzuliegen. Auch das AG Roth bei Nürnberg ist in einem Beschluß vom 16. 1. 1965³⁾ ohne Auseinandersetzung mit der anderen Auffassung von der Anwendbarkeit des § 1696 BGB ausgegangen.

II. Beschränkung oder Entziehung nach § 1696 BGB ?

Da es sich bei der Übertragungsentscheidung nach § 1707 Abs. 2 BGB um eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts handelt, liegt zunächst die Annahme nahe, gegebenenfalls eine Änderungsentscheidung über § 1696 BGB herbeizuführen. In § 1696 BGB hat der Gesetzgeber ja ausdrücklich die Voraussetzungen für die Änderungen der vom Vormundschaftsgericht einmal getroffenen Anordnungen während der Dauer der elterlichen Gewalt normiert. Was aber auf den ersten Blick Bedenken erweckt, sind die weniger differenzierten und weniger schweren Voraussetzungen, die der § 1696 BGB gegenüber den für

1) FamRZ 1963, 527 f. (528).

2) FamRZ 1965, 230.

3) ZBlJugR 1966, 75.

eheliche Eltern geltenden §§ 1666 ff. BGB zu enthalten scheint. Immerhin handelt es sich bei der außerehelichen Mutter doch auch um Eingriffe in ihre elterliche Gewalt, die für sie persönlich und auch für ihr Kind u. U. genauso einschneidende Bedeutung haben wie für eheliche Eltern und deren Kind.

Der Wortlaut des § 1696 BGB spricht also dafür, daß die Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter nach § 1696 BGB zu erfolgen hat. Feste Grundsätze für die Auslegung des § 1696 BGB mit Rücksicht auf die Frage der Änderung der der außerehelichen Mutter vom Vormundschaftsgericht übertragenen elterlichen Gewalt haben sich noch nicht gebildet, wie auch der Streit in Literatur und Rechtsprechung zeigt. Es ist deshalb sachdienlich, für die Auslegung des § 1696 BGB die Gesetzesmaterialien zu § 1707 Abs. 2 BGB heranzuziehen. Ein solches Verfahren ist nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtslehre jedenfalls bei neueren Gesetzen unbedenklich, für deren Auslegung feste Grundsätze noch nicht bestehen.¹⁾

Im Plenum des Bundestages wurde, als das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961 und insbesondere dessen § 1707 Abs. 2 BGB zur Beratung anstand, über die Art der Beschränkung oder Entziehung nicht dis-

¹⁾ BVerfGE 1, 117 ff. (127). Zur Bedeutung der Gesetzesmaterialien bei jüngeren Gesetzen vgl. auch Bartholomeyczik S. 52 f.

Zur Auslegung von Gesetzen vgl. ferner BVerfGE 1, 299 ff. (312) und 8, 274 ff. (307).

kutiert. Der Regierungsentwurf des § 1707 BGB, in dessen Begründung es ausdrücklich hieß, eine Beschränkung oder überhaupt ein Widerruf der Übertragung sei nach § 1696 BGB möglich, ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 BGB vorzuliegen brauchten,¹⁾ wurde einstimmig gebilligt.²⁾

Auch vom Rechtsausschuß des Bundestages war die regierungsamtliche Begründung des § 1707 Abs. 2 BGB nicht beanstandet worden.³⁾

Alle diese Tatsachen sprechen dafür, daß das Gesetz die Übertragungsentscheidung nach § 1707 Abs. 2 BGB als eine vormundschaftsgerichtliche Anordnung im Sinne des § 1696 BGB betrachtet, so daß anscheinend die Voraussetzungen für eine Abänderung allein dem § 1696 BGB zu entnehmen sind.

1) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957, Anlagen-Band 58, Drucksache 530 S. 18.

2) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957, Band 48, Stenographische Berichte, 164. Sitzung S. 9460 A (1961).

3) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957, Anlagen-Band 75, zu Drucksache 2812 S. 5.

1. § 1696 BGB als freiheitsbeschränkende Norm und das rechtsstaatliche Bestimmtheitserfordernis.

Bedenken bestehen insbesondere dahingehend, ob zur Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter die Vorschrift des § 1696 BGB den Erfordernissen der Bestimmtheit genügt, wie sie an belastende, d.h. freiheitsbeschränkende Gesetze zu legen sind, an Gesetze also, nach denen von Rechtsunterworfenen Eingriffe in ihre Rechtssphäre zu dulden sind.

a) Allgemeines zum Bestimmtheitserfordernis.

Dieses Bestimmtheitserfordernis hat für Gesetze Anerkennung gefunden, die die Exekutive zu Eingriffen in die Rechtssphäre Einzelner ermächtigen. Im Anschluß an die Rechtsprechung des BVerfG in BVerfGE 1, 60 und BVerfGE 2, 307 für die Ermächtigung der Regierung zu Rechtssetzungsakten (vgl. Art. 80 Abs. 1 GG)¹⁾ hat das BVerwG²⁾ verlangt, daß auch Ermächtigungen der Exekutive zum Erlaß belastender Verwaltungsakte "begrenzt und hinreichend bestimmt" sind, so daß mit hinreichender Sicherheit vorausgesehen werden könne, in welchen Fällen und mit welchem Sinn und Zweck von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werde und welchen In-

¹⁾ Hier wurde vom BVerfG gefordert, "daß vorausgesehen werden könne, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können."

²⁾ Die Rspr. des BayVerfGH hatte bereits zu dieser Zeit Bahnbrechendes in dieser Richtung geleistet; vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 218 und seine Rspr.-Nachweise a.a.O. Fußn. 195 und 196.

halt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Maßnahmen haben können.¹⁾

Dieser Lehre folgte dann auch das BVerfG.²⁾ Das Prinzip des Rechtsstaates fordere, so formulierte das BVerfG im 9. Band S. 137, daß die Verwaltung in den Rechtskreis des einzelnen nur eingreifen dürfe, wenn sie dazu in einem Gesetz ermächtigt werde, und daß diese Ermächtigung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sei, so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar würden.

Dieses Bestimmtheitserfordernis³⁾ - oder "Meßbarkeitsklausel", wie Jesch es nannte⁴⁾ - wird gestützt auf den Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG), auf die Grundsätze des Rechtsstaats, auf den Gewaltenteilungsgrundsatz, auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 GG) und auf den in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten umfassenden Gerichtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt.⁵⁾ Daher sind vage Generalklauseln unzulässig, weil sie eine effektive gerichtliche Kontrolle ausschließen,⁶⁾ da feste Maßstäbe zur Konkretisierung der Ermächtigung

¹⁾ BVerwGE 2, 114 (116 f.); -, 118 (121); -, 172 (175 f.); 3, 28 (30); 3, 205 (207); 6, 119 (124); 7, 114 (121).

²⁾ BVerfGE 6, 32 (42); 8, 72 (76); 8, 276 (325); 9, 83 (87); 9, 137 (147); 13, 153 (160 f.).

³⁾ Bejahend in der Literatur u.a. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 218 ff.; Hamann Art. 20 B 8 a bb; v. Mangoldt-Klein S. 601.

⁴⁾ a.a.O. S. 219.

⁵⁾ Vgl. BVerwGE 2, 114 (116 f.); BVerfGE 8, 276 (325 f.); 13, 153 (160 f.).

⁶⁾ BVerfGE 6, 32 (42).

und der in ihr verwendeten Begriffe fehlen.¹⁾
Zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung führte das BVerwG insbesondere aus, daß diesem Prinzip nicht schon damit Genüge getan sei, daß eine formelle gesetzliche Ermächtigung für die Verwaltung zum Handeln vorliege, ohne daß das Gesetz das Handeln der Verwaltung inhaltlich normiere, d.h. die Voraussetzungen, unter denen, und den Inhalt, mit dem die Verwaltung handeln dürfe, umschreibe und damit die Ermächtigung begrenze und konkretisiere. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verliere seinen verfassungspolitischen Sinn und büße seine Funktion, Freiheit und Eigentum des Bürgers vor staatlicher Willkür zu schützen, dort ein, wo der Gesetzgeber der Verwaltung eine Generalermächtigung erteile, die in Wahrheit nur einen Generaldispens, nämlich von den Grundrechten, enthalte.²⁾

Es besteht keine Veranlassung, dieses für Ermächtigungen der Verwaltung entwickelte Bestimmtheitserfordernis nicht auch auf die rechtsprechende Gewalt anzuwenden. Auch ihr gegenüber - als Modifikation staatlicher Gewalt - gelten die zum Schutz der Freiheit und des Eigentums der Bürger vor staatlicher Willkür geschaffenen verfassungsrechtlichen Grundnormen, die oben zur Begründung des Bestimmtheitserfordernisses herangezogen wurden.³⁾ So gilt z.B. die Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG ganz selbstverständlich auch für die Rechtsprechung, wie es Art. 20 Abs. 3 GG

¹⁾ Vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 219.

²⁾ BVerwGE 2, 114 (116 f.).

³⁾ Mit Ausnahme des Art. 19 Abs. 4 GG. Vgl. dazu Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 17 unter c).

ausdrücklich formuliert.¹⁾ Dieser Gesetzmäßigkeitsgrundsatz verlöre - in Anlehnung an die Formulierung des BVerwGE 2, 116 f. - seinen verfassungspolitischen Sinn und büßte seine Funktion, Freiheit und Eigentum des Bürgers vor staatlicher Willkür zu schützen, dort ein, wo der Gesetzgeber den Gerichten für ihre Erkenntnisse einen zu weiten Spielraum ohne konkrete Begrenzung gewähren würde. Auch bei der Rechtsprechung genügt es nicht, daß sich ihre Tätigkeit auf ein Gesetz im formellen Sinn zurückführen läßt; vielmehr bedarf es eines spezifizierten Gesetzes, das das Verhalten der Rechtsprechung inhaltlich normiert, also umschreibt und damit begrenzt. Das Gesetz darf sich nicht darauf beschränken, allgemein gehaltene Grundsätze aufzustellen. In diesem Sinne sprach sich auch das BVerfG²⁾ zu dem für die Rechtsprechung notwendigen Bestimmtheitserfordernis der Gesetze aus.³⁾

b) Elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter ein Freiheitsrecht im Sinne des Gesetzesvorbehalts ?

Es muß zunächst geprüft werden, ob der außerehelichen Mutter durch die nach § 1707 Abs. 2 BGB vom Vormundschaftsgericht übertragene elterliche Gewalt ein Freiheitsrecht eingeräumt worden ist, das die nor-

1) Vgl. z.B. v.Mangoldt-Klein S. 602; Hamann Art. 20 B 8 a) aa); Maunz-Dürig Art. 20 Rdnr. 129.

2) BVerfGE 14, 245 (251).

3) Die Entscheidung befaßte sich mit den Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 21 StVG.

mative Bestimmtheit des staatlichen Eingriffsmittels gebietet. Denn nur ein Freiheitsrecht im Sinne des Gesetzesvorbehalts bedarf dieses besonderen Schutzes.

Ein solches Freiheitsrecht der außerehelichen Mutter liegt dann vor, wenn die ihr übertragene elterliche Gewalt grundrechtlich geschützt ist. Dann nämlich gilt für diese Rechte der außerehelichen Mutter das insbesondere in Art. 19 Abs. 2 GG beheimatete Gebot der normativen Bestimmtheit des staatlichen Eingriffsmittels.¹⁾ Bevor jedoch diese Frage gelöst werden kann, muß untersucht werden, ob überhaupt die elterliche Gewalt des BGB grundrechtlichen Schutz genießt.

2. Elterliche Gewalt des BGB überhaupt als Grundrecht geschützt ?

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt, daß Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind. Dieses Elternrecht wird - wie das GG auch sagt - als natürliches Recht ganz allgemein als Grundrecht angesehen.²⁾

1) Siehe Maunz-Dürig Art. 2 Rdnr. 64.

2) Maunz S. 125 (§ 16 I 2); v.Mangoldt-Klein Art. 6 Anm. IV 3 und Vorbem. B IV 3 (S. 95); Palandt-Lauterbach Einf. vor § 1626 Anm. 5, § 1707 Anm. 2; Wernicke im Bonner Kommentar Art. 6 Erl. 2 b; Fleig S. 13; Hamann Art. 6 Anm. 5 (S. 117); Peters S. 374; Rübner S. 153; Hildegard Krüger in Krüger-Breetzke-Nowak Einl. Nr. 205; Helmuth Mayer in DVBl 1955, 581 f.; Stein S. 9, 18, 20, 37; Dölle Bd. II S. 137 f.; Gernhuber, Familienrecht, S. 35; ferner in der Rechtsprechung: BVerfGE 4, 52 ff. (57); 7, 320 = FamRZ 1958, 272 = ZBlJugR 1958, 209 = RdJ 1958, 254; BVerfGE 10, 59 ff. (83) = FamRZ 1959, 416 ff. (421); BayVerfGH in FamRZ 1954, 74 ff.

Die Frage, ob die elterliche Gewalt innhabende außereheliche Mutter vom Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG umfaßt wird, wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet.¹⁾ Bevor jedoch eine Aussage dahingehend möglich ist, ob die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter als Grundrecht geschützt sei, muß untersucht werden, ob der Begriff der elterlichen Gewalt überhaupt von dem Elternrechtsbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG gedeckt wird.

Die elterliche Gewalt des BGB umfaßt gemäß § 1626 Abs. 2 BGB das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen und das Kind in den die Person und das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zu vertreten. Diese Inhaltsbestimmung erscheint auf den ersten Blick weitergehend als das Recht und die Pflicht nach Art. 6 Abs. 2 GG, das Kind zu pflegen und zu erziehen, so daß es zweifelhaft ist, ob die elterliche Gewalt im Sinne des BGB in ihrem ganzen Umfang Grundrechtscharakter trägt.

a) Streitstand in Literatur und Rechtsprechung.

Niclas²⁾ vertritt als einzige die Auffassung, das elterliche Erziehungs- und Pflegerecht des Art. 6 Abs. 2 GG umfasse nicht die elterliche Gewalt. Die Bestimmung des Art. 6 Abs. 2 GG sei im Hinblick auf die Bedeutung des gesamten Art. 6 GG zu sehen. Als aktuelles Recht und programmatische Deklaration schütze es Ehe und Familie. Art. 6 Abs. 2 GG sei zwar ein echtes Grundrecht, jedoch gleichzeitig als eine verfassungs-

1) Siehe dazu unten S. 39 ff.

2) ZBlJugR 1960, 208.

unmittelbare Vorbehaltsschranke des Abs. 1 zu verstehen und habe daher keinen anderen Wertgehalt als der Ehe- und Familienschutz. Art. 6 Abs. 1 und 2 GG habe praktisch nicht mehr zu bedeuten als die Verankerung des bestehenden privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Kindschaftsrechtes.

Wernicke¹⁾ ist der Ansicht, daß Pflege und Erziehung im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG den Kern der sogenannten Personensorge, die sich naturgemäß aus der Gemeinschaftsform der Familie ergebe, bilden. Damit schließt Wernicke also die Vermögenssorge und auch Teile der Personensorge (nämlich soweit sie nicht zu deren "Kern"-Bereich zählen) vom Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG aus.²⁾

Auch Gernhuber³⁾ sieht Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 und elterliche Gewalt nicht als deckungsgleiche Größen an. Das Elternrecht bleibe auf Teile der elterlichen Gewalt beschränkt. Die Vorstellung, daß die gesamte elterliche Gewalt durch Art. 6 Abs. 2 GG Verfassungsrang erhalten habe, werde dem Grundrecht nicht gerecht. Es wolle nicht die gesamte elterliche Gewalt dem Gesetzgeber entziehen und damit in ihrer gegenwärtigen Form versteinern. - Auf welche Teile der elterlichen Gewalt das Elternrecht beschränkt bleibe, dazu macht Gernhuber keine näheren Ausführungen.

1) Bonner Kommentar Erl. 2 b zu Art. 6.

2) Ob Wernicke unter der Personensorge auch die Vertretung versteht (§ 1626 Abs. 2 a.E. BGB), ist nicht eindeutig zu erkennen.

3) Familienrecht, S. 36.

Rauschert¹⁾ verneint ohne nähere Begründung den Verfassungsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG für das Vermögenssorgerecht.

Scheffler im RGRK²⁾ meint, verfassungsmäßig werde die rechtliche Natur der elterlichen Gewalt nur in einem, allerdings bedeutsamen Bereich, nämlich dem der Pflege und Erziehung der Kinder, bestimmt; damit aber werde dem Rechtsinstitut der elterlichen Gewalt Grundrechtscharakter verliehen.

Die gleiche Ansicht ist aus der Begründung des Vorlagebeschlusses des 8. Zivilsenats des OLG Stuttgart vom 8. 11. 1963³⁾ zu lesen.

Nach Hamann⁴⁾ bedeuten "Pflege und Erziehung" einen Sammelbegriff, der sowohl die Sorge für die Person als auch die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten der Eltern umfasse. Dieser Ansicht folgt auch Perschel.⁵⁾

Derselben Auffassung ist auch Staudinger-Göppinger⁶⁾. Mit der Formulierung des Gesetzes "Pflege und Erziehung" solle der eigentliche Kernbereich der den Eltern nach natürlicher Auffassung zustehenden Befugnisse und der ihnen obliegenden Pflichten umschrieben werden; er sei

1) ZBlJugR 1962, 152 Fußn. 1.

2) Vorbem. 7 vor § 1626.

3) FamRZ 1964, 51 ff.

4) Art. 6 Anm. B 4.

5) RdJ 1963, 36.

6) Vorbem. vor § 1666 Rdnr. 9.

als durch die Vorschriften des BGB präzisiert und konkretisiert zu beurteilen.

Auch Staudinger-Donau¹⁾ und Lange in Soergel-Siebert²⁾ ordnen die ganze elterliche Gewalt unter das Elternrecht im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG, ebenso Hildegard Krüger³⁾, wenn sie vom natürlichen Elternrecht der elterlichen Gewalt spricht.

Das kann auch aus dem, was Palandt-Lauterbach⁴⁾ und Erman-Ronke⁵⁾ und Stein⁶⁾ sagen, entnommen werden; denn immer werden elterliche Gewalt im Sinne des BGB und das grundrechtlich verankerte natürliche Elternrecht gleichgesetzt und synonym behandelt.

Dasselbe kann aus allen Beiträgen gefolgert werden, die im Anschluß an Beitzke⁷⁾ dartun, die elterliche Gewalt könne der Substanz nach nicht entzogen werden.⁸⁾ Diese Ansicht gründet auf der Annahme der elterlichen Gewalt als Grundrecht, das seiner Natur als Grundrecht nach nicht entzogen werden kann.

1) Rdnr. 3 zu § 1626.

2) § 1626 Rdnr. 3.

3) In: Die Grundrechte (von Bettermann-Nipperdey-Scheuner herausgegeben), Bd. 4 1. Halbband S. 342.

4) Einf. 5 vor § 1626.

5) Einl. 3 und 4 vor § 1626.

6) S. 49 ff.

7) FamRZ 1958, 9; vgl. auch Studienbuch § 26 V 4.

8) So z.B. Göppinger in FamRZ 1961, 110 und in Staudinger-Göppinger Vorbem. vor § 1666 Rdnr. 35 ff.; Palandt-Lauterbach Einf. 5 vor § 1626; Erman-Ronke Einl. 4 vor § 1626; Soergel-Siebert-Lange § 1626 Rdnr. 4; Scheffler in HGRK Vorbem. 7 vor § 1626.

Auch Peters¹⁾ scheint der Auffassung zu sein, daß die ganze elterliche Gewalt und damit auch die Vermögenssorge dem natürlichen Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG zu subsumieren sei. Das kommt zwar nicht eindeutig zum Ausdruck, wenn er sagt,²⁾ "Pflege" bedeute die Sorge für die körperliche Existenz und für eine angemessene geistige und seelische Entwicklung, "Erziehung" die Gesamtheit der geistig-seelischen Einwirkungen. Aber aus anderen Ausführungen³⁾, wo von der Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung gesprochen wird, kann geschlossen werden, daß Personensorge und Vermögenssorge unter das natürliche Elternrecht in Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zu fassen sind. In diesen Ausführungen heißt es nämlich, daß der Inhalt der Pflicht alles das umfasse, was das bürgerliche Recht den Eltern bereits als Sorgepflicht in den §§ 1626 ff. BGB auferlegt habe. Zur Sorgepflicht gehöre auch die Sorge für das Vermögen und die Vertretung in den die Person und das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten. -

Wenn sich also bei Peters der Inhalt der Pflicht des Art. 6 Abs. 2 GG auf diese Weise bestimmen läßt, dann könnte bei der Interpretation des Sorgerechts der Eltern doch ebenso verfahren werden, indem zur Ausfüllung des Begriffs "Recht" auf das hinzuweisen

1) S. 369 ff.

2) S. 381.

3) S. 389.

ist, was das bürgerliche Recht den Eltern bereits als Sorgerecht in den §§ 1626 ff. BGB gewährt. Nach Peters Interpretation der Sorgspflicht dürfte auch das Sorgerecht auf diese Weise zu bestimmen sein.

Der Ansicht, daß die elterliche Gewalt des BGB in vollem Umfang Grundrechtscharakter besitze, von dem natürlichen Elternrecht der Pflege und Erziehung im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG also umfaßt werde, scheint der Vorzug zu geben sein.

b) Wortlaut des GG - Wortlaut des BGB.

Ein Vergleich des Wortlauts des Art. 6 Abs. 2 GG mit dem Wortlaut der §§ 1626 ff. BGB dürfte allerdings nicht geeignet sein, diese Ansicht zu stützen. Art. 6 Abs. 2 GG spricht von "Pflege und Erziehung" der Kinder. In dieser Zusammensetzung sind die Begriffe "Pflege und Erziehung" im BGB nicht zu finden. So kennt das BGB in den §§ 1626 ff. den Begriff der Pflege überhaupt nicht.¹⁾ Der Begriff Erziehung ist in § 1631 Abs. 2 BGB und in der Verbalform "erziehen" zu finden in § 1631 Abs. 1 BGB, aber nicht als Oberbegriff, sondern als Beschreibung eines Teiles der Personensorge (die wiederum ein Teil der elterlichen Gewalt ist). Ebenso in der Bedeutung als Unterbegriff zur Per-

¹⁾ Von Pflegschaft und Pflege spricht das BGB in den §§ 1909 - 1921 (Titel: Pflegschaft) und mit Bezug auf diese Vorschriften auch in den §§ 1597 Abs. 3, 1630, 1671 Abs. 5, 1679 Abs. 1, 1794. Bei der Pflegschaft handelt es sich jedoch nicht um die Normierung eines Bestandteiles der elterlichen Gewalt.

sonensorge ist der Begriff der Erziehung zu finden in § 1666 Abs. 1 S. 2 BGB. Ansonsten ist dieser Begriff nicht mehr im Teil II (Elterliche Gewalt §§ 1626 - 1698 b BGB) des Vierten Titels des Vierten Buches des BGB zu finden.

Vom Wortlaut her ist also ein Vergleich mit dem Ziel, eine mögliche Kongruenz der Begriffe des GG und des BGB zu erforschen, nicht durchzuführen. Der Wortlaut im GG und BGB spricht eher gegen eine Kongruenz der Begriffe.

c) Auslegung der Begriffe "Pflege und Erziehung".

Der bürgerlichrechtliche Begriff der elterlichen Gewalt ist klar umrissen. Er gliedert sich in die Personensorge und in die Vermögenssorge, wobei in beiden Bereichen auch die Vertretung des Kindes in diesen Angelegenheiten mitumfaßt wird (vgl. § 1626 Abs. 2 BGB). Der Begriff der Personensorge ist noch weiter aufgegliedert in das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631 Abs. 1 BGB). Ferner umfaßt die Sorge für die Person des Kindes das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern widerrechtlich vorenthält (§ 1632 BGB).

Von den Begriffen des GG "Pflege und Erziehung" kennt man keine ausdrückliche nähere Inhaltsbestimmung. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 2 GG läßt sich nicht entnehmen, welchen spezifischen Sinn die Begriffe "Pflege und Er-

ziehung" haben sollten, - ob sie dem bürgerlich-rechtlichen Begriff "elterliche Gewalt" entsprechen oder ihn zumindest decken sollten, ob überhaupt eine klare begriffliche Scheidung erfolgt und gewollt war. Das Elternrecht gab zwar bei den Beratungen des GG zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten Anlaß; die zum Teil leidenschaftlichen und erregten Diskussionen im Parlamentarischen Rat zu diesem Beratungsgegenstand wurden aber fast ausschließlich von dem Thema Konfessions- oder Simultanschule beherrscht. Der Umfang des Elternrechts im einzelnen wurde nicht diskutiert.¹⁾

Eine Auslegung der Begriffe "Pflege und Erziehung" ist allenthalben versucht worden - freilich mit unterschiedlichen Ergebnissen. Teilweise ist die Deutung so vage, daß man sie zum exakten Vergleich mit der im BGB normierten "elterlichen Gewalt" nicht verwerten kann. So ist nach v. Mangoldt-Klein²⁾ der Inhalt des elterlichen Rechts die durch "Pflege" ergänzte "Erziehung" des Kindes, welche dessen Haupterziehung umschließe, indem sie im Unterschied zu der Erziehung durch den Staat und die Kirche nicht erst von einem bestimmten Lebensalter des Kindes an einsetze und sich nicht nur wie jene auf einen bestimmten Bereich der Gesamterziehung desselben beschränke.

¹⁾ Vgl. die Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates in der 21. (HA-Steno S. 239 ff., 245 ff.), 43. (HA-Steno S. 547 ff., 555 ff.), 47. (HA-Steno S. 615) und 57. Sitzung (HA-Steno S. 759 ff.); vgl. auch die Entstehungsgeschichte des GG in JöR n.F. Bd. 1, 92 - 101.

²⁾ Art. 6 Anm. IV 4 (S. 273).

Ebenso vage ist die Deutung Wernickes.¹⁾ Abs. 2 des Art. 6 GG charakterisiere das elterliche Erziehungsrecht als den primären Faktor in der Gesamterziehung. Demgegenüber seien die Erziehungsfaktoren Staat und Kirche nachgeordnet. Hierzu müsse auch darauf hingewiesen werden, daß das elterliche Recht die Gesamterziehung umfasse. Das Erziehungsrecht des Staates setze dagegen erst mit dem schulpflichtigen Alter des Kindes ein und beschränke sich außerdem auf die schulische Erziehung, die in der Gesamterziehung des Kindes nur einen Teil ausmache, die elterliche Erziehung aber nicht zu ersetzen vermöge. Ebenso wie v.Mangoldt-Klein spricht Wernicke von einer Ergänzung der "Erziehung" durch "Pflege", ohne näher den Sinngehalt dieser Worte zu erläutern. Einen Hinweis gibt die Aussage, daß "Pflege und Erziehung" den Kern der sogenannten Personensorge bildeten. Damit sind "Pflege und Erziehung" zwar nicht näher in ihrem begrifflichen Inhalt erklärt, insbesondere ist keine substantielle Unterscheidung der Begriffe untereinander aufgezeigt, aber immerhin sind sie in einem größeren Rahmen, nämlich dem der Personensorge, untergebracht. Ob mit Recht, das wird noch festzustellen sein.

Die meisten Autoren fassen den Terminus "Pflege und Erziehung" als Sammelbegriff auf und ordnen ihm die gesamte elterliche Gewalt des BGB mit ihren einzelnen Ausgestaltungen unter.²⁾

1) Art. 6 Erl. 2 b.

2) z.B. Hamann Art. 6 B 4; Soergel-Siebert-Lange § 1626 Rdnr. 3; Palandt-Lauterbach Vorbem. 5 vor § 1626; Erman-Ronke Vorbem. 3 vor § 1626; RGRK-Scheffler Anm. 7 vor § 1626 und Anm. 2 zu § 1631 ist offenbar der Ansicht, Art. 6 Abs. 2 GG decke die elterliche Gewalt nur teilweise.

Peters¹⁾, Perschel²⁾ und Göppinger³⁾ sind die einzigen, die die gesetzliche Formulierung "Pflege und Erziehung" in ihren beiden Bestandteilen differenzieren. Nach Peters bedeutet Pflege die Sorge für die körperliche Existenz und für eine angemessene geistige und seelische Entwicklung. Erziehung nennt er die Gesamtheit der seelisch-geistigen Einwirkungen, die auf das Kind bewußt und absichtlich ausgeübt werden, um die vorhandene Begabung zu entfalten und zu entwickeln sowie den jungen Menschen nach den Auffassungen und Wertmaßstäben der Eltern und sonstigen Erziehungsberechtigten zur vollwertigen Persönlichkeit und zum lebensstüchtigen Glied der Gemeinschaft zu formen.⁴⁾ Ähnlich definieren Perschel und Göppinger diese Begriffe.

Man geht gewiß mit der Annahme nicht fehl, daß die Begriffe "Pflege und Erziehung" verschiedene Inhalte beschreiben. Denn es ist zu vermuten, daß der Gesetzgeber mit zwei verschiedenen Worten auch zwei verschiedene begriffliche Inhalte meinte. Die Abgrenzung der Begriffe untereinander fällt nicht leicht, da beide Begriffe zusammengenommen einen Tatbestand erfassen, dessen zentraler Faktor die Sorge für die körperliche und seelisch-geistige Entwicklung des Kindes ist. Dennoch dürfte eine Unterscheidung möglich sein, weil

1) S. 381.

2) RdJ 1963, 36.

3) Staudinger-Göppinger Vorbem. vor § 1666 Rdnr. 9.

4) Peters (S. 381) verweist auf Keilhacker-Klein (Stichwort "Erziehung" im Staatslexikon Bd. 3 S. 39 Nr. 1), die allerdings auch das unbewußte Einwirken zur Erziehung rechnen.

sich mit jedem Begriff ganz spezifische Vorstellungen verbinden lassen.

aa) Der Begriff "Erziehung".

Wie es Peters und im Anschluß an ihn Perschel und Göppinger¹⁾ formulierten, so versteht man auch ganz allgemein²⁾ unter Erziehung vor allem die beabsichtigte und bewußte³⁾ körperliche, geistige, seelische und charakterliche Formung des noch unfertigen, sich entwickelnden Menschen, Förderung oder Hemmung von Anlagen und der sich entwickelnden Fähigkeiten zur Bildung eines harmonischen Ganzen, oder - wie es in § 1 Abs. 1 JWG heißt - zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit. Erziehung bedeutet hauptsächlich Formen für die Zukunft, nicht unmittelbare Gegenwartsgestaltung. Erziehung hat notwendig finalen Charakter.⁴⁾ Wie einige Kommentierungen zu § 1631 BGB beweisen,⁵⁾ werden insoweit auch keine Unterschiede zwischen dem Erziehungsbegriff des GG und dem des § 1631 BGB gemacht.

1) Alle a.a.O.

2) Vgl. Brockhaus, Stichwort "Erziehung"; Erman-Ronke § 1631 Anm. 2 c; Staudinger-Donau § 1631 Rdnr. 10; RGRK-Scheffler § 1631 Anm. 3.

3) Neben dieser sogenannten intentionalen Erziehung dürfte wohl auch die sogenannte funktionale Erziehung - d.h. die den jungen Menschen gestaltenden, von der Umwelt, dem Milieu als Zustand ausgehenden Wirkungen - zu dem Erziehungsbegriff zu rechnen sein. Vgl. dazu Lücken in Handbuch der Heimerziehung 1966 S. 1163; ferner Der Große Herder, Band 3 Stichwort "Erziehung".

4) Vgl. auch Perschel a.a.O.

5) Siehe oben Fußn. 2).

bb) Der Begriff "Pflege".

Wenn man unter dem Begriff der Erziehung in erster Linie die Gesamtheit der bewußten und gewollten seelisch-geistigen Einwirkungen zur Erreichung der körperlichen, geistigen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit versteht, so dürfte es - da die Sorge für das Kind der zentrale Faktor beider Begriffe ist - angebracht sein, Pflege im weiteren Sinne als die Gesamtheit derjenigen Maßnahmen zu bezeichnen, die nicht zu den seelisch-geistigen Einwirkungen zählen und doch zugleich Sorge für die Angelegenheiten des Kindes sind. Pflege bedeutet demnach Sorge für die körperliche Existenz und für eine angemessene geistige und seelische Entwicklung, die Gesamtheit behütender und sorgender Maßnahmen im körperlichen und im geistig-seelischen Bereich.¹⁾ Noch deutlicher kann man folgendermaßen formulieren: Pflege ist die Schaffung und Erhaltung insbesondere der äußeren Voraussetzungen für eine gute leibliche, geistige und seelische Entwicklung.²⁾

Ein weiteres, den Begriff der Pflege gegenüber dem Begriff der Erziehung unterscheidendes Merk-

¹⁾ Vgl. Peters, Perschel und Göppinger, alle a.a.O. (siehe oben S. 29 Fußn. 1 - 3).

²⁾ Diese Sinndeutung hat auch schon im Grimmschen Wörterbuch ihren Niederschlag gefunden: "eine fürsorgende oder beaufsichtigende, (körperliches oder geistiges) gedeihen und wohlbefinden bezweckende beschäftigung. womit: aufsicht, obhut, fürsorge, wohnung, schirm und schutz, leitung." (Grimms Deutsches Wörterbuch, Bd. 7 Stichwort "Pflege" Ziff. 2).

mal dürfte darin liegen, daß die Pflege hauptsächlich Gegenwartsgestaltung der Kindesinteressen bezweckt,¹⁾ wohingegen, wie schon gesagt, die Erziehung hauptsächlich auf ein Bereitmachen für die Zukunft abzielt.

Damit ist neben dem Begriff der Erziehung auch der Begriff der Pflege in seiner die Erziehung ergänzenden Funktion - wie Wernicke²⁾ und v.Mangoldt-Klein³⁾ es nennen - höchstmöglich genau umschrieben.⁴⁾

1) Vgl. Perschel a.a.O.

2) Erl. 2 b zu Art. 6.

3) Art. 6 Anm. IV 4.

4) An dieser bloß als ergänzend genannten Funktion der Pflege darf man nicht irrewerden durch eine Überbewertung der Reihenfolge der Begriffe in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Der Begriff der Pflege wird hier zwar vor dem Begriff der Erziehung an erster Stelle genannt; doch daß diese Tatsache Ausdruck besonderen Gewichtes sei, dafür sind keine Anhaltspunkte aus den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates zu ersehen. Es wurde bisher auch noch von niemandem behauptet, daß die Reihenfolge der Begriffe in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eine bestimmte Rangfolge der Begriffe untereinander kennzeichne.

In dieser die Erziehung ergänzenden Funktion der Pflege unterscheidet sich auch der Pflegebegriff des GG von dem Pflegebegriff, wie ihn der Gesetzgeber im BGB¹⁾ und im JWG²⁾ - allerdings nicht als Beschreibung eines Bestandteiles der elterlichen Gewalt - gebraucht; dabei kann unter "Pflege" teilweise auch die Erziehung verstanden werden.³⁾

Die Tatsache, daß in Art. 6 Abs. 2 GG der Begriff der Pflege neben dem Begriff der Erziehung genannt ist, besagt, daß "Pflege" hier nicht auch noch die "Erziehung" mitumfaßt, sondern davon unterschieden einen anderen Bereich des Elternrechts kennzeichnet.

Nach der Klärung des Sinngehalts der grundrechtlichen Begriffe "Erziehung" und "Pflege" kann nunmehr eine Identitätsuntersuchung mit den bürgerlichrechtlichen Begriffen "Personensorge" und "Vermögenssorge" versucht werden.

1) Siehe oben S. 25 Fußn. 1).

2) Abschnitt IV. Schutz der Pflegekinder. §§ 27 - 36.

3) Vgl. § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB: "Wer unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger." Ferner vgl. § 1671 Abs. 5 BGB: "Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden." Der Begriff der Pflege im Sinne des JWG umfaßt ohne weiteres auch die Erziehung.

d) Personensorge im Verhältnis zu "Pflege und Erziehung".

Das BGB nennt als Ausgestaltungen der Personensorge neben der Erziehung die Beaufsichtigung und die Aufenthaltsbestimmung (vgl. § 1631 BGB), ferner das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern widerrechtlich vorenthält (§ 1632 BGB). Oben wurde schon erwähnt, daß für den bürgerlichrechtlichen Begriff der Erziehung ganz allgemein dieselbe Deutung erfolgt wie für den grundrechtlichen.¹⁾ Nun ist zu untersuchen, ob auch die anderen Teile der Personensorge dem Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG zu subsumieren sind.

Eine Einordnung unter den Begriff "Erziehung" scheint nicht möglich zu sein, wie auch von keinem BGB-Kommentator die Ansicht vertreten wird, daß sich die Erziehung mit den anderen Ausgestaltungen der Personensorge deckt. Weder Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung noch Herausgabeverlangen haben unmittelbar etwas mit dem Kriterium des Erziehungsbegriffs, den seelisch-geistigen Einwirkungen, zu tun. Das soll nicht heißen, daß zwischen diesen Teilen der Personensorge und der Erziehung kein Zusammenhang bestehe.

¹⁾ Erman-Ronke § 1631 Anm. 2 c; Staudinger-Donau § 1631 Rdnr. 10; RGRK-Scheffler § 1631 Anm. 3. Soergel-Siebert-Lange bleibt zu allgemein, wenn er schreibt, zum Inhalt der Erziehung gehöre u.a. die "Sorge für die sittliche, geistige und körperliche Entwicklung" (§ 1631 Anm. II 2).

Es läßt sich nicht bestreiten, daß sie zur Erreichung des Erziehungszwecks notwendig und infolgedessen als deren Ergänzungen anzusehen sind.¹⁾

Auch alle anderen Formen, in denen sich Personensorge verwirklicht, sind keine seelisch-geistigen Einwirkungen, wie z.B. Fürsorge für Gesundheit, Einwilligung in Operation, Prozeßvertretung, Einlegung von Rechtsmitteln im Verfahren und überhaupt die rechtliche Vertretung des Kindes, Abwehr von Straftaten gegen das Kind, Stellung eines Strafantrags. Ein seelisch-geistiges Beistandleisten in Kindesnot und Leistung vor allem seelischer Hilfe bei Depressionen in der Schwangerschaft einer unverehelichten Tochter²⁾ sind zwar seelisch-geistige Einwirkungen, aber nicht im Rahmen der Erziehung, die stets auch auf eine Formung für die Zukunft ausgeht. Eine solche Hilfe gegenwärtiger Not mit dem alleinigen Ziel, diese gegenwärtige Not zu beseitigen oder zu lindern, kann deshalb niemals Erziehung sein. Die Erziehung wird zwar in den meisten Fällen immer auch auf eine Gegenwartsgestaltung

1) Beaufsichtigung, Aufenthaltsbestimmung und Herausgabeverlangen haben jedenfalls insofern mit der Erziehung zu tun, als sie die Erziehung ermöglichen. Die Beaufsichtigung z.B. kann auch - als Mittel der Erziehung - dazu dienen, dem Kind den Unterschied zwischen verboten, unerwünscht und erlaubt klarzumachen, wenn die Eltern z.B. dem Kind verbieten, den Garten des Nachbarn ohne Erlaubnis der Eltern zu betreten.

2) Beispiele von Hildegard Krüger, Gleichberechtigungsgesetz, S. 550.

gerichtet sein, weil ein aktuelles Verhalten des Kindes die Erziehung in Form von Gebot, Verbot, Rat oder Tat verlangt; die Erziehung wirkt aber immer über diese Gegenwartsgestaltung hinaus auch in die Zukunft.

Da es sich bei allen genannten Maßnahmen jedenfalls um Sorge für die leibliche, geistige oder seelische Entwicklung des Kindes handelt, können sie dem alle Sorgemaßnahmen außer Erziehung umfassenden Begriff "Pflege" untergeordnet werden.

e) Vermögenssorge im Verhältnis zu "Pflege und Erziehung".

Die Vermögenssorge kann nicht zur Erziehung gerechnet werden. Dafür fehlt das Merkmal der seelisch-geistigen Einwirkungen zur körperlichen, geistigen oder seelischen Formung des noch unfertigen, sich entwickelnden Menschen.

Dagegen wird die Vermögenssorge von dem Begriff der Pflege umfaßt, da dieser alle diejenigen Maßnahmen bezeichnet, die nicht zu den seelisch-geistigen Einwirkungen zählen und doch zugleich Sorge für die Angelegenheiten des Kindes sind. Das wird noch deutlicher, wenn man die engere Formulierung des Pflegebegriffs (nämlich als Schaffung und Erhaltung insbesondere der äußeren Voraussetzungen für eine gute leibliche, geistige und seelische Entwicklung) zum Vergleich heranzieht.

Inwiefern sich nämlich Vermögenssorge als Schaffung oder Erhaltung äußerer Voraussetzungen für eine gute leibliche, geistige und seelische Entwicklung auswirken kann, zeigt sich z.B. in dem Fall, daß Eltern, die ein Vermögen für das Kind geschaffen, erhalten oder vermehrt haben, durch Unfall umkommen oder durch außerordentliche finanzielle Verpflichtungen in ihrer Leistungsfähigkeit für das Kind beschränkt werden. Dann wird die geschaffene, erhaltene oder vermehrte Sicherheit in Form des Kindesvermögens u.U. insofern bedeutsam, als besondere Aufwendungen für das Kind, zu denen die Eltern nicht oder nicht mehr fähig sind, aus dem vorhandenen Kindesvermögen erbracht werden können, z.B. für eine kostspielige Heilbehandlung, für eine mit hohen Kosten verbundene Schulausbildung.

So ist denn mit Peters, Perschel und Göppinger¹⁾ anzunehmen, daß auch die Vermögenssorge vom grundrechtlichen Begriff der Pflege gedeckt wird.

Diese Annahme ist auch mit Hilfe des Auslegungsgrundsatzes zu stützen, der den Grundrechten als Freiheitsrechten im Verhältnis Bürger-Staat eine höchstmögliche Wirksamkeit gewährleistet. Dieser Auslegungsgrundsatz besagt, daß im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm

¹⁾ Alle a.a.O. (siehe oben S. 29 Fußn. 1 - 3).

am stärksten entfaltet.¹⁾ - Danach dürfte auch die Vermögenssorge an dem grundrechtlichen Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG teilhaben, da nicht unzweifelhaft nur die Personensorge als von den Begriffen "Pflege und Erziehung" gedeckt angesehen werden kann. Es ist nicht einsehbar, weshalb den Eltern nicht auch der andere Bestandteil der elterlichen Gewalt neben der Personensorge als Grundrecht hätte eingeräumt werden sollen; es ermangelt eines sachlich einleuchtenden Grundes, daß gerade die Vermögenssorge vom Grundrechtsschutz ausgenommen sein sollte.

Mit diesen Überlegungen ist schließlich festgestellt, daß die gesamte elterliche Gewalt des BGB in das grundrechtlich geschützte Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG einzuordnen ist.²⁾

Die Auffassung von Niclas³⁾ richtet sich selbst. Es ist zu eng, wenn selbst eine teilweise Identität des Begriffes der elterlichen Gewalt mit dem in Art. 6 Abs. 2 GG beschriebenen Elternrecht verneint wird. Der Versuch einer Inhaltsbestimmung des Rechts des Art. 6 Abs. 2 GG ergibt ohne Schwierigkeiten doch zumindest immer, daß die Begriffe "Pflege und Erziehung" wenigstens Teile des im BGB beschriebenen Begriffs der elterlichen Gewalt decken.⁴⁾

1) Vgl. dazu BVerfGE 6, 55 ff. (72); Über S. 28; Hamann S. 55; Jellinek in DÖV 1952, 383.

2) Damit soll nicht gesagt werden, daß der Begriff der elterlichen Gewalt den Elternrechtsbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG erschöpfend ausfüllt. Vgl. dazu auch Staudinger-Göppinger Rdnr. 9 der Vorbem. zu § 1666 und Perschel S. 36. Es kann auch Gernhuber zugestanden werden, daß Art. 6 Abs. 2 dem Gesetzgeber nicht die Regelung und Ausgestaltung der elterlichen Gewalt entziehen will (Gernhuber, Familienrecht, S. 36); man kann nicht eine solche Entziehung daraus folgern, daß das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 die elterliche Gewalt umfaßt (vgl. Göppinger in FamRZ 1965, 172 und die Grundsätze des BVerfG in BVerfGE 7, 320, 323 f., zur Einschränkung des Elternrechts).

3) ZBlJugR 1960, 208.

4) Kein zweiter Autor hat jemals behauptet, daß Art. 6 Abs. 2 den Begriff der elterl. Gewalt nicht berühre.

3. Ist auch die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter als Grundrecht geschützt?

a) Streitstand in Literatur und Rechtsprechung.

Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung faßt die außereheliche Mutter unter den Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG.¹⁾ Einige Autoren verstehen das Recht der außerehelichen Mutter allerdings nur insoweit als grundrechtlich geschützt, wie der Parlamentarische Rat die rechtliche Position der außerehelichen Mutter vorgefunden hat; Grundrechtsschutz genießt das Recht der außerehelichen Mutter nach Auffassung dieser Autoren lediglich in der Form des Personensorgerechts in tatsächlicher Hinsicht (§ 1707 S. 2 BGB a.F. = § 1707 Abs. 1 S. 2 BGB n.F.).²⁾ Nur Wernicke³⁾ und Hansmann⁴⁾ schließen ausdrücklich die außereheliche Mutter von dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG aus.

¹⁾ Bosch, Gutachten zum 44. DJT, S. 56 f., 87; Peters S. 375; Hildegard Krüger in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 4 1. Halbbd. S. 342 ff., und in: Rechtsstellung des unehelichen Kindes, S. 27; Palandt-Lauterbach § 1707 Anm. 2; Eißer in FamRZ 1963, 153 ff.; Rübner in FamRZ 1963, 153 ff., 155; Schlosser in FamRZ 1963, 601 ff., 624; Hamann Art. 6 B 4; Erna Scheffler S. 252; Dunz in NJW 1962, 1472, 1474 f.; Dölle Bd. II S. 384; Staudinger-Göppinger § 1666 Vorbem. 11; wohl auch v. Mangoldt-Klein Art. 6 Bem. IV 2 b; Maßfeller in StAZ 1961, 241 ff., 249; Hampel in FamRZ 1963, 544; OLG Stuttgart in FamRZ 1963, 303 ff., 304; dasselbe in FamRZ 1964, 51 ff.; OLG Neustadt in FamRZ 1964, 459 ff., 460; Jansen, FGG-Kommentar, Ergänzungslieferung 1962, Anm. 2 d zu § 56 a.

²⁾ Dunz in NJW 1962, 1474; Rübner in FamRZ 1963, 155; Niclas in ZBlJugR 1960, 208 betrachtet zwar die außereheliche Mutter als Inhaberin des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG, ist aber der Auffassung, daß die Begriffe "Pflege und Erziehung" die elterliche Gewalt überhaupt nicht umfassen (vgl. dazu oben S. 38).

³⁾ Art. 6 II 2 c.

⁴⁾ FamRZ 1962, 454; 1963, 489 f.

Für Wernicke ist die Annahme, daß für das Grundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG nur die Eltern in Frage kommen, die in einer durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Ehe leben, "nach Sinn, Aufbau usw. der Abs. I und II¹⁾ unzweifelhaft".

Hansmann meint, durch eine systematische Auslegung des Art. 6 GG das Problem lösen zu können. Er verweist zunächst auf die Tatsache, daß der das Elternrecht regelnde Abs. 2 unmittelbar auf die die Ehe und Familie (die Hansmann nur als eheliche Familie) verstehende Vorschrift des Abs. 1 folge. Seiner Ansicht nach handelt es sich nicht um eine rein zufällige Aufeinanderfolge; beide Bestimmungen gehörten auch sachlich zusammen und seien im parlamentarischen Rat immer als Einheit gesehen worden.¹⁾ Art. 6 Abs. 1 GG stelle einen allgemeinen Grundsatz für das gesamte Ehe- und Familienleben auf, der dann in Abs. 2 eine besondere grundrechtliche Teilausgestaltung erfahre, so daß Abs. 2 ergänzend aus Abs. 1 zu interpretieren sei.²⁾

Vorweg sei zu Hansmanns Beweisführung folgendes bemerkt: Was Hansmanns Behauptung, Art. 6 Abs. 1 GG stelle einen allgemeinen Grundsatz für das gesamte Ehe- und Familienleben auf, der in Abs. 2 eine besondere grundrechtliche Teilausgestaltung erfahre, anbetrifft, so vermag Hansmanns Hinweis auf Erna Scheffler³⁾ seine These nicht zu stützen. Scheffler⁴⁾ versteht - anders als Hansmann - unter Familie im

1) FamRZ 1962, 454. Ein - wie Hansmann zugibt (FamRZ 1963, 489 FuBn. 5 a.E.) - schwaches Argument.

2) FamRZ 1962, 454.

3) Hansmann in FamRZ 1962, 454 FuBn. 34.

4) S. 252, 256, 284.

Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur die durch Ehe begründete Familie, sondern auch die Gemeinschaft der außerehelichen Mutter mit ihrem Kind¹⁾. Auch soweit sich Hansmann zur Stützung seiner Auffassung, das Recht der außerehelichen Mutter sei nicht durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützt, auf v.Mangoldt-Klein²⁾ bezieht, geht er fehl.³⁾ Zwar verwendet v.Mangoldt-Klein bei der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 GG denselben Familienbegriff wie Wernicke, der die "Familie" des Abs. 1 vom Begriff der Ehe her bestimmt,⁴⁾ und formuliert an einer Stelle, Abs. 2 habe keinen anderen Wertgehalt als die Grundrechtsbestimmung des Abs. 1; das Grundrecht des Abs. 2 sei vielmehr - da es allein das Verhältnis Eltern-Kinder anspreche und soweit es dieses Verhältnis anspreche - nur grundrechtliche Teilverkörperung des Wertgehaltes des Abs. 1.⁵⁾ An anderer Stelle aber heißt es, Eltern im Sinne des Abs. 2 seien sowohl leibliche (natürliche) als auch rechtliche (juristische) Eltern (Eltern im Rechtssinn). Ihnen ständen die Erziehungsberechtigten, die nicht Eltern in diesem Sinne seien, gleich.⁶⁾ Daraus kann als Auffassung von v.Mangoldt-Klein entnommen werden, daß auch die außereheliche Mutter unter den Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG einzuordnen sei.

1) Insbesondere S. 252.

2) Art. 6 III 8 d (S. 270).

3) FamRZ 1962, 454 Fußn. 34.

4) Vgl. von Mangoldt-Klein Art. 6 III 5 (S. 267 f.) mit Hinweis auf Wernicke Art. 6 II 1 a.

5) v.Mangoldt-Klein Art. 6 III 8 d.

6) v.Mangoldt-Klein Art. 6 IV 2 b.

b) Logische und systematische Auslegung des Art. 6 GG.

aa) Betrachtung der Aufeinanderfolge der Begriffe "Ehe und Familie" und "Eltern" in den Abs. 1 und 2.

Selbst wenn man, wie es Hansmann tut,¹⁾ für Abs. 1 des Art. 6 GG die Annahme zugrundelegt, der Verfassungsgeber habe nur die eheliche Familie dem grundrechtlichen Schutz des Abs. 1 unterstellen wollen, so läßt doch die unmittelbare Nachordnung des Abs. 2 auf Abs. 1 nicht den Schluß zu, daß es sich bei Abs. 2 lediglich um eine grundrechtliche Teilausgestaltung des Abs. 1 handle und unter dem Elternbegriff nur eheliche Eltern zu verstehen seien. Hansmanns Bezugnahme auf v.Mangoldt-Klein²⁾ ist, wie oben dargelegt,³⁾ nicht beweiskräftig. Ebensowenig ist auch das von ihm herangezogene⁴⁾ Zitat von v.Mangoldt⁵⁾ beweiskräftig. Das hat schon Rüfner festgestellt.⁶⁾ v.Mangoldt sagt nichts darüber, daß die Abs. 1 und 2 sachlich zusammengehörten und im Parlamentarischen Rat immer als Einheit angesehen worden seien. Er legt nur dar, daß Art. 6 entstanden ist aus den Art. 7 a und 7 b des vom Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates in zweiter Lesung beschlossenen Grundgesetzentwurfes.⁷⁾

1) FamRZ 1962, 454.

2) a.a.O. Fußn. 34.

3) s.S. 40 f.

4) FamRZ 1962, 454 Fußn. 33.

5) v.Mangoldt Art. 6 Anm. 1.

6) FamRZ 1963, 154.

7) Vgl. Band Parlamentarischer Rat, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Entwürfe), S. 118 ff. (S. 121 f.) und 173 ff. (174).

Wie die Entstehungsgeschichte beweist, sollten die jetzigen Abs. 2 und 3 des Art. 6 GG ursprünglich den besonderen Art. 7 b bilden und sind erst später auf Vorschlag des interfraktionellen Fünferausschusses in der 47. Sitzung des Hauptausschusses als Abs. 2 und 3 in den damaligen Art. 7 a (den späteren Art. 6) übernommen worden.¹⁾ Die Verbindung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 6 GG war also nicht von Anfang an so eng, wie Hansmann es darstellt. Hansmann selbst bezeichnet übrigens seinen Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Abs. 1 und 2 als schwaches Argument.²⁾

Auch aus dem bloßen Wortlaut der beiden Absätze kann nicht ohne weiteres auf den objektivierten Willen des Verfassungsgebers³⁾ geschlossen werden, die Gemeinschaft der außerehelichen Mutter mit ihrem Kind vom besonderen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG und die außereheliche Mutter vom Elternrechtsschutz des Abs. 2 auszunehmen. Im normalen Sprachgebrauch werden unter dem Begriff "Eltern" auch die außereheliche Mutter und die Adoptiveltern verstanden.⁴⁾ Unter dem Begriff "Familie" könnte man auch die Teilfamilie der außerehelichen Mutter mit ihrem Kind verstehen.

1) Siehe HA-Steno S. 615; vgl. auch JöR 1, 92.

2) FamRZ 1963, 489 Fußn. 5 a.E.

3) Dieser objektivierte Wille ist allein maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift; vgl. BVerfGE 1, 312 = JZ 1952, 419 f.; BayVGH in BayVerwBl 1955, 94; Maunz S. 49.

4) Vgl. RUFNER S. 153; auch Hansmann S. 452 (unter II).

Dennoch sind die Behauptungen Wernickes und Hansmanns, der Verfassungsgeber habe in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG nur den durch das Vorhandensein einer Ehe gekennzeichneten Tatbestand (Ehe, eheliche Eltern, eheliche Familie) schützen wollen, nicht ohne weitere Untersuchungen von der Hand zu weisen. Im Hinblick auf die durch das Christentum geprägte abendländische Kulturtradition mit ihrer im gesellschaftlichen Bereich vorrangigen Stellung der ehelichen Gemeinschaftsform ist der Zweifel begründet, ob der umfassende Schutz des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG auch für die außereheliche Mutter und ihr Kind bestimmt ist. Weitere Auslegungsversuche sollen ergeben, ob die Begriffe Eltern und Familie im engeren Sinn (d.h. nur eheliche Eltern und eheliche Familie) oder im weiten Sinn (auch außereheliche Mutter und ihr Kind, Adoptiveltern und u.U. sogar alle Erziehungsberechtigten) zu verstehen sind.

Deshalb soll geprüft werden, ob eine Betrachtung der übrigen Absätze des Art. 6 GG in ihrem Sinnzusammenhang mit den Abs. 1 und 2 eine Klärung ermöglicht.

bb) Vergleich der Begriffe "Eltern" (Abs. 2) und "Erziehungsberechtigte" (Abs. 3, evtl. auch Art. 7 Abs. 2 GG).

Viele Autoren folgern gerade aus Art. 6 Abs. 3 GG, daß der Elternbegriff des Abs. 2 weiter zu fassen sei, indem alle Erziehungsberechtigten darunter verstanden werden müßten. Wenn das der Fall wäre, dann bestände Gewißheit darüber, daß auch der außerehelichen Mutter der Elternrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG zugute käme.

Nach v.Mangoldt-Klein¹⁾ sind unter dem Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG nicht nur die leiblichen, sondern auch die rechtlichen Eltern (Adoptiveltern, ehelicher Scheinvater) und darüberhinaus alle anderen Erziehungsberechtigten zu verstehen. Der Wertgehalt von Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 (der von Erziehungsberechtigten spricht)²⁾ sei gleich, weil mit beiden Vorschriften Eingriffe des Staates in die Erziehung so weit wie möglich eingeschränkt werden sollten. Einer natürlichen Betrachtungsweise werde nicht Rechnung getragen, wenn einem familienfremden Vormund weniger Rechte zustehen als den leiblichen oder rechtlichen Eltern, die er so weit als nur irgend möglich ersetzen solle. Ersatz könne er jedoch dann nicht sein, wenn ihm die vornehmste Rechtsschutzmöglichkeit, die Verfassungsbeschwerde, abgeschnitten werde. Außerdem entspreche es einer natürlichen Auffassung, daß alle Erziehungsberechtigten in ihrer Stellung gegenüber der öffentlichen Gewalt dieselben Rechte haben. Die öffentliche Gewalt könne jedenfalls nicht für sich beanspruchen, von Natur aus eine bessere Einsicht in die Kinderpflege- und -erziehung zu haben als irgendein Erziehungsberechtigter. Die richtige Lösung ergebe sich demnach aus der Gegenüberstellung von Staat und Individuum unter Berücksichtigung der natürlichen Gegebenheiten.

Dieser Auffassung haben sich auch Hamann³⁾, Rau-

¹⁾ Art. 6 Anm. IV 2 b (S. 271 - 273).

²⁾ Art. 6 Abs. 3 GG: "Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen."

schert¹⁾ und Schüler-Springorum²⁾ angeschlossen.

Weitergehend glaubt Rauschert aus Art. 6 Abs. 2 GG herleiten zu können, daß das Elternrecht vornehmlich dem Schutz der Kinder diene, wobei kein Unterschied darin bestehen dürfe, ob Kinder bei ihren natürlichen Eltern aufwachsen oder nicht. Ferner lege Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG den Eltern auch eine "Pflicht" zur Pflege und Erziehung auf. Dadurch würden die Kinder wenn auch nicht berechtigt, so doch begünstigt, und es gehe nicht an zu meinen, daß der Verfassungsgesetzgeber diejenigen Kinder bevorzugen wollte, die bei ihren natürlichen Eltern aufwachsen.³⁾

Hildegard Krüger⁴⁾ ordnet ohne nähere Begründung außer den biologischen Eltern (also auch außereheliche Mutter und Erzeuger) auch die Adoptiveltern unter den Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG.

Anders⁵⁾ meint, Art. 6 Abs. 2 GG stelle es nicht auf die biologischen Eltern ab - wie z.B. es Erdsiek annimmt⁶⁾ - , sondern gewähre mindestens auch den Adoptiveltern grundrechtlich die gleiche Stellung wie den natürlichen Eltern.

Lindacher⁷⁾ glaubt folgern zu können, daß Art. 7 Abs. 2 GG dafür spreche, alle Erziehungsberechtigten unter den Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG

1) RdJ 1960, 369, 372 und ZBlJugR 1962, 158 ff., 159.

2) FamRZ 1961, 296, 298.

3) Rauschert a.a.O.

4) In Krüger-Breetke-Nowak, Gleichberechtigungsgesetz, S. 143 Rdnr. 205.

5) FamRZ 1960, 477.

6) NJW 1960, 1385 ff., 1387.

7) FamRZ 1964, 118 f.

zu subsumieren. Es sei kein zwingender Grund ersichtlich, den Vormund¹⁾ in diesen Teilbereichen seines Erziehungsrechts grundrechtlich zu schützen, ihm im übrigen aber einen solchen Schutz zu versagen. Lindacher verweist²⁾ dabei auf Maunz³⁾, der der Auffassung ist, daß das Entscheidungsrecht der Erziehungsberechtigten nach Art. 7 Abs. 2 GG Ausfluß des umfassenden Erziehungsrechts sei.

Bei Kritik der Stellungnahmen, die eine Identität des Elternbegriffs des Art. 6 Abs. 2 GG mit dem Begriff der Erziehungsberechtigten in Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 GG annehmen, ist zunächst einmal festzustellen, daß der Begriff "Eltern" schon im Sinne des normalen Sprachgebrauchs⁴⁾ eine so sinnfällige Einengung gegenüber dem Begriff "Erziehungsberechtigte" ist, daß vermutet werden kann, der Verfassungsgeber habe damit verschiedene Inhalte verbunden. Wenn in einem Gesetz zwei verschiedene Ausdrücke verwendet werden (und dazu noch in solch unmittelbarer Nähe!), dann kann angenommen werden, daß der Gesetzgeber damit auch verschiedene Inhalte bezeichnen wollte,⁵⁾ es sei denn, daß besondere Gründe diese Annahme entkräfteten. Solange das nicht geschehen ist, muß der Begriff der Erziehungsberechtigten als der gegenüber dem Begriff "Eltern" weitere betrachtet werden. Denn alle Eltern - ob sie nur als eheliche

1) Dem Vormund gilt Lindachers Untersuchung.

2) FamRZ 1964, 119 Fußn. 39.

3) Maunz S. 125, 126.

4) Siehe oben S. 43 und dort Fußn. 4.

5) Vgl. Bartholomeyczik S. 21.

Eltern verstanden werden oder im Sinne des normalen Sprachgebrauchs auch die außereheliche Mutter und die Adoptiveltern umfassen - sind als Inhaber des Rechtes zur "Pflege und Erziehung" (wenn ihnen die Ausübung dieses Rechts nicht beschränkt oder gar ganz entzogen ist) Erziehungsberechtigte, nicht aber alle Erziehungsberechtigte auch Eltern.

Es geht keinesfalls an, die äußerliche Verschiedenheit der Begriffe "Eltern" und "Erziehungsberechtigte" mit der Schwierigkeit zu erklären, das "Recht zur Erziehung" und "Erziehungsberechtigte" in einem Satz sprachlich zusammenzufügen,¹⁾ ohne daß hinreichende Gründe für die Notwendigkeit dieser Annahme angeführt werden. Denn für eine solche redaktionelle Schwierigkeit sind nirgendwo Anhaltspunkte gegeben, weder in den Materialien zum GG noch bei den Ausführungen der einzelnen GG-Kommentatoren.

Das Argument von v.Mangoldt-Klein, der Wertgehalt der Abs. 2 und 3 des Art. 6 GG sei gleich, scheint nicht geeignet zu sein, eine nähere Eingrenzung des Elternbegriffs zu ermöglichen. Wie Rübner sagt,²⁾ ist zwar die Tendenz der Abs. 2 und 3 gleich, da sie beide Schutz vor Staatserziehung bieten wollen. Der sachliche Gehalt ist aber insofern verschieden, als Abs. 2 das Recht zur Erziehung und Pflege in allen seinen Äußerungen schützen will, wohingegen Abs. 3 nur vor dem schwersten Eingriff in das Recht zur Pflege und Erziehung, die Trennung der Kinder von der Familie, durch erschwerte Voraussetzungen Schutz bietet. Die Tat-

¹⁾ So aber Groß in RdJ 1962, 41 und daran anschließend auch Lindacher in FamRZ 1964, 119.

²⁾ FamRZ 1963, 153 f.

sache aber, daß ein Rechtsinhaber vor dem schwersten Eingriff in sein Recht durch eine besondere Maßnahme - nämlich Statuierung des Rechts, das Kind bei sich zu behalten, als Grundrecht - geschützt wird, scheint noch nicht zu besagen, daß er diesen besonderen Schutz auch genießt vor weniger schweren Eingriffen.

Zur Klärung dieser Frage muß man sich vor Augen halten, was der Verfassungsgeber mit dem Grundrechtsschutz beabsichtigte. Damit sollten diejenigen Rechte geschützt werden, die man als so elementar anerkannte, daß sie die besonderen Verbürgungen in Form des Grundrechtsschutzes verdienten. Der Grundrechtsteil des Grundgesetzes ist die elementare Freiheitsbeschreibung und damit auch Freiheitssicherung des Individuums. Wo besonders große Gefahren durch die öffentliche Gewalt für die Freiheit des einzelnen als möglich erkannt wurden, wo besonders einschneidende Maßnahmen der öffentlichen Gewalt in wesentliche Freiheitssphären als möglich gefürchtet werden mußten, da sollten höchstmöglich wirkungsvolle Sicherungen gegen ungerechtfertigte Eingriffe geschaffen werden. Die höchste Sicherung, die der Gesetzgeber gehen konnte, war die Verbürgung eines Rechts als Grundrecht - in Form der Anerkennung als (vorstaatliches) Menschenrecht oder durch Statuierung eines staatsgesetzlichen Grundrechts.¹⁾

Wendet man dieses Prinzip auf den konkreten Fall

¹⁾ Die Unterscheidung zwischen vorstaatlichen und staatsgesetzlichen Grundrechten stammt von v. Mangoldt-Klein. Daß das GG vorstaatliche Grundrechte anerkennt, geht aus Art. 1 Abs. 2 GG hervor.

des Art. 6 Abs. 3 GG an, so bedeutet dies, daß das Recht der Erziehungsberechtigten - soweit sie nicht gleichzeitig auch "Eltern" im Sinne des Abs. 2 sind - nur vor dem schwersten Eingriff, der Trennung der Kinder von den Erziehungsberechtigten, grundrechtlich geschützt ist, ansonsten aber, was andere Eingriffe anbetrifft, nur durch die allgemeinen Gesetze. Das Recht der Erziehungsberechtigten, das Kind bei sich zu behalten, hat zum besonderen Schutz grundrechtlichen Charakter erhalten. Nur insofern ist also vom Verfassungsgeber für die Erziehungsberechtigten (außer Eltern im Sinne des Abs. 2) das Recht der Pflege und Erziehung grundrechtlich geschützt, im Gegensatz zu dem Elternrecht des Abs. 2, das umfassend als Grundrecht geschützt ist.¹⁾ Diese unterschiedliche Bewertung des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG und des Erziehungs- und Pflegerechts der Erziehungsberechtigten (außer Eltern), wie sie sich ableiten läßt aus dem unterschiedlichen Umfang des grundrechtlichen Schutzes, dürfte auch notwendigerweise aus dem Charakter des jeweiligen Rechts resultieren. Das Elternrecht wird gemäß Art. 6 Abs. 2 GG als ein natürliches Recht bezeichnet und damit sein naturrechtlicher, vorstaatlicher Charakter anerkannt (vgl. Art. 1 Abs. 2 GG). Ein solches natürliches Recht kann nicht hinsichtlich der Erziehungsberechtigten behauptet werden, deren Recht nicht einer natürlichen Bindung und Beziehung zum Kind entspringt.²⁾ Eine grundrechtliche Sicherung

¹⁾ Dieser Denkvorstellung steht nicht entgegen, daß Abs. 3 des Art. 6 GG zugleich für die Eltern (im Sinne des Abs. 2) eine besondere Ausgestaltung des Elternrechtsschutzes ist oder - wenn man so will - eine Betonung ihres Rechtes, die Kinder zur Pflege und Erziehung bei sich zu behalten.

²⁾ Vgl. auch Rübner in FamRZ 1963, 153 und Peters S. 375 f.

sollte dem den Staatsgesetzen entspringenden Erziehungs- und Pflegerecht der Erziehungsberechtigten aber insoweit zuteilwerden, als der schwerste Eingriff, die Trennung des Kindes von den Erziehungsberechtigten,¹⁾ nur unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen zulässig sein sollte.

Auch wenn man wie Lindacher²⁾ in der Argumentation davon ausgeht, daß das Entscheidungsrecht der Erziehungsberechtigten nach Art. 7 Abs. 2 GG ein Ausfluß des umfassenderen Erziehungsrechtes ist,³⁾ so kann man doch nicht wie Lindacher von der Tatsache, daß dieses Grundrecht des Art. 7 Abs. 2 GG auch dem Vormund zugebilligt wird, schließen, daß dem Vormund auch die übrigen Bestandteile des umfassenderen Erziehungsrechtes als Grundrechte zustehen müßten. Es geht bei der Betrachtung der grundrechtlichen Natur von Rechten nicht an, aus dem besonderen Schutz, der einem Teilrecht zuteil wurde, auf den weitergehenden Schutz und Charakter des umfassenderen Rechts zu schließen, wenn dafür keine hinreichenden Gründe vorliegen. Ein Teilrecht kann für sich allein grundrechtlich geschützt sein, ohne daß dies zur Folgerung zwingt, auch das Gesamtrecht sei grundrechtlich verbürgt. Die Vorstellung, daß nur ein Ausfluß eines umfassenderen Rechts be-

1) Ob und inwiefern der Begriff "Erziehungsberechtigte" im Hinblick auf die Zuordnung zum Begriff "Familie" doch noch eine gewisse Einschränkung erfährt, dazu siehe unten S. 57 f.

2) FamRZ 1964, 118 f.

3) Dagegen ist nichts einzuwenden!

sonderen Schutz genießt, ist nicht ungewöhnlich.¹⁾

Die Tatsache, daß Teilausgestaltungen eines umfassenderen Rechts als Grundrechte geschützt wurden, beruht auf der oben schon genannten Annahme, der Verfassungsgeber habe gewisse Teilbereiche der Freiheitssphäre als so elementar erachtet und daher Eingriffe in jene Teilbereiche als so einschneidend empfunden, daß der höchstmöglich zu erstrebende Schutz nur durch eine Verbürgung dieser Teilrechte als Grundrechte zu erreichen war. Vom Verfassungsgeber wurde eben der Eingriff in das Recht der Erziehungsberechtigten, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen, als so einschneidend erachtet, daß um des Schutzes dieses Rechtes willen dem Recht Grundrechtscharakter verliehen wurde. Daraus nun aber zu folgern, daß auch die anderen Ausgestaltungen des Rechtes der Erziehungsberechtigten (außer Eltern im Sinne des Abs. 2) zur Pflege und Erziehung grundrechtlichen Schutz hätten, dafür sind keine Anhaltspunkte vorhanden.

Lindacher erkennt also bei seiner Beweisführung

¹⁾ Es sei nur daraufhingewiesen, daß einige Autoren die elterliche Gewalt nur hinsichtlich des Teilbereichs der Personensorge als geschützt betrachten. Niemand ist auf den Gedanken gekommen zu behaupten, daß dann aus Gründen der Logik auch die Vermögenssorge grundrechtlichen Charakter haben müsse. Oder: Von vielen Autoren wird dem Vormund nur der grundrechtliche Schutz des Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 GG zugestanden, ohne daß von anderen jemals behauptet worden wäre, diese Annahme zwingt aus Gründen der logischen Konsequenz dazu, das Gesamtrecht als grundrechtlich geschützt zu betrachten.

den Sinn und Zweck der grundrechtlichen Verbürgung von Rechten, anderenfalls er nicht mit der formallogischen Konsequenz argumentiert hätte, daß, wenn ein Teilrecht grundrechtlich geschützt sei, kein zwingender Grund ersichtlich sei, das Vollrecht nicht als Grundrecht zu betrachten. Die formallogische Methode bei der Betrachtung der grundrechtlichen Natur von Rechten hilft hier nicht weiter.

Nach diesen Teiluntersuchungen kann festgestellt werden, daß auch eine vergleichende Erörterung der Begriffe "Eltern" (Art. 6 Abs. 2 GG) und "Erziehungsberechtigte" (Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 GG) noch keine eindeutige Antwort auf die Frage ergibt, ob unter dem Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG auch die außereheliche Mutter zu verstehen sei.

cc) Untersuchung des Begriffes "Familie" in Art. 6 Abs. 1 und 3 GG.

Ob der Verfassungsgeber mit den Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG wirklich nur den ehelichen Tatbestand der Familie und Elternschaft schützen wollte, wie Wernicke¹⁾ und Hansmann²⁾ es behaupten, wird zweifelhaft angesichts der Feststellung, daß in Art. 6 Abs. 3 GG durch die Verwendung desselben Begriffes "Familie" wie in Art. 6 Abs. 1 GG dieser Begriff "Familie" in seiner unmittelbaren Bezogenheit auf den Begriff der Erziehungsberechtigten einen viel weiteren Sinn erhält.

1) Art. 6 II 2 c.

2) FamRZ 1962, 454; 1963, 489 f.

Es ist unbestritten, daß der Familienbegriff in Art. 6 Abs. 3 GG auch die Gemeinschaft der ehelichen Mutter mit ihrem Kind umfaßt.¹⁾ Selbst Wernicke erkennt dies an.²⁾ Erna Scheffler, die den Familienbegriff des Art. 6 GG überhaupt nur in der durch die Eltern-Kind-Beziehung geschaffenen engeren Hausgemeinschaft sieht und die Beschränkung auf die eheliche Familie nicht anerkennt,³⁾ meint, es wäre höchst ungewöhnlich, wenn das Wort "Familie" in einem Artikel zweierlei Bedeutung hätte.

Hier sind nun also dieselben Überlegungen, dieselben wortvergleichenden Betrachtungen anzustellen wie oben bei der vergleichenden Erörterung der Begriffe "Eltern" und "Erziehungsberechtigte", nur mit dem Unterschied, daß dort aus der Verschiedenheit der Begriffe auf einen möglichen verschiedenen Sinngehalt zu schließen versucht wurde, während hier in Umkehrung des Untersuchungsprinzips wegen gleicher Worte gleicher Sinngehalt gefolgert werden könnte.

Es ist in der Tat selten, daß ein und dasselbe Gesetz dasselbe technische Wort mit verschiedenem Sinn gebraucht.⁴⁾ Das Reichsgericht sagte im 157.

1) Vgl. z.B. E. Scheffler S. 252; v. Mangoldt-Klein Art. 6 Anm. IV 5 c; Hamann Art. 6 B 8.

2) Art. 6 III 3 a.

3) E. Scheffler S. 252

4) Vgl. Bartholomeyczik S. 21.

Band S. 20 seiner Entscheidungen in Zivilsachen, es sei nur aus ganz besonderen Gründen tunlich, den nämlichen mehrmals wiederkehrenden Ausdruck von ersichtlich fachmäßiger Bedeutung innerhalb desselben Gesetzes in verschiedenem Sinn auszulegen; es schlechthin abzulehnen, gehe nicht an; bedenklich und in der Regel unstatthaft wäre es bei einem nach Zeit und Umständen der Entstehung, nach Beweggrund und Zweck, Aufbau und Gedankenführung völlig einheitlichen Gesetz, obwohl auch da durch Irrtum oder mißlungene Fassung oder infolge der Mehrdeutigkeit von Worten Unebenheiten vorkommen könnten.

Wenn man auf den Kriterien dieser Entscheidung des Reichsgerichts aufbaut, dann ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei dem Begriff "Familie" in Art. 6 GG um einen "Ausdruck von ersichtlich fachmäßiger Bedeutung" handelt, d.h. um einen Ausdruck, dem innerhalb eines Gesetzestextes mehr als nur ganz allgemeine, sondern eine spezifische, juristisch terminierte Bedeutung zukommt (wie es z.B. der Fall ist bei den Begriffen "Erziehungsberechtigte", "Vormundschaft", "Verfügung"). Bei der Lösung dieser Frage hilft ein Vergleich mit dem Gebrauch des Begriffes "Familie" im BGB, besonders im ausdrücklich als solchen apostrophierten Familienrecht des BGB (§§ 1297 - 1921).

Das BGB enthält keine Begriffsbestimmung der Familie,¹⁾ obwohl es den Familienbegriff sowohl ein-

¹⁾ Vgl. z.B. Palandt-Lauterbach Einl. 1 vor § 1297; Soergel-Siebert Bd. IV Einl. Familienrecht Rdnr. 1.

zeln (z.B. §§ 6 Ziff. 3 und 3, 570, 1093 Abs. 2, 2047 Abs. 2) als auch in zusammengesetzten Wörtern (vgl. z.B. §§ 1355, 1858, 2373) verwendet. Der Begriff "Familie" wird keineswegs einheitlich gebraucht. Durchweg - und insofern allgemein - ist "Familie" vom BGB verstanden lediglich als die Gesamtheit der durch Ehe und Verwandtschaft verbundenen Personen.¹⁾ Schon enger wird der Begriff verwandt in § 6 Ziff. 2 und 3, wo zur Familie nach h.M. nur die gesetzlich unterhaltsberechtigten Angehörigen einschließlich außerehelicher Kinder zählen.²⁾ Im engsten Sinn versteht man unter "Familie" die Ehegatten und ihre Kinder,³⁾ im weitesten Sinne faßt man auch die durch Schwägerschaft verbundenen Personen darunter.⁴⁾ Wie Soergel-Siebert-Lange⁵⁾ betonen, läßt sich im einzelnen der Kreis der zugehörigen Personen nur aus dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift bestimmen.

Diese Ausführungen zeigen, daß dem Begriff "Familie" die genau terminierte und damit juristisch-fachmäßige Bedeutung mangelt, sein Inhalt vielmehr jeweils aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die den Begriff enthält, zu ermitteln ist.

1) Palandt-Lauterbach a.a.O.

2) Palandt-Lauterbach a.a.O. und Anm. 3 zu § 6; ebenso Staudinger-Coing § 6 Bem. 24.

3) Palandt-Lauterbach Einl. 1 vor § 1297.

4) Palandt-Lauterbach a.a.O.

5) Soergel-Siebert a.a.O.

Während bei Art. 6 Abs. 1 GG nicht ohne weiteres klar wird, ob der Begriff "Ehe" wesentlicher Bezugspunkt für den nachfolgenden Begriff "Familie" in dem Sinne ist, daß unter Familie nur die durch Ehe begründete Familie zu verstehen ist, hat der Verfassungsgeber in Abs. 3 des Art. 6 GG den Begriff "Familie" mit dem an sich genau determinierbaren Begriff der Erziehungsberechtigten verknüpft. Was liegt da näher als zu folgern, daß sich hier der an sich nicht genau determinierte Familienbegriff an dem in keiner Weise eingeschränkten und in seinem begrifflichen Inhalt klaren Terminus "Erziehungsberechtigte" orientiert und von letzterem seinen genau bestimmbaren Inhalt erhält (nämlich als Gemeinschaft der Erziehungsberechtigten mit den ihrem Erziehungsrecht unterworfenen Kindern). - Dennoch dürfte diese Annahme nicht ohne Einschränkung gelten. Obwohl keiner der Kommentatoren des Art. 6 GG den Begriff der Erziehungsberechtigten in Art. 6 Abs. 3 GG einschränkend auslegt,¹⁾ erscheint eine Einschränkung auf die erziehungsberechtigten Eltern (natürliche Eltern - eheliche Eltern und außereheliche Mutter - und Adoptiveltern) doch angebracht, so daß nicht auch Vormund und gegebenenfalls Pfleger den Schutz des Art. 6 Abs. 3 GG in Anspruch nehmen können. Denn nur dort, wo in der Regel zwischen Kindern und Erziehungsberechtigten eine Familiengemein-

¹⁾ Vgl. z.B. v.Mangoldt-Klein Art. 6 Anm. IV 5 c; Hamann Art. 6 B 7; auch Peters S. 387 versteht unter "Erziehungsberechtigten" neben den natürlichen Eltern auch alle sonstigen Erziehungsberechtigten.

schaft besteht, ist der besondere Schutz dieser Familiengemeinschaft gerechtfertigt. Zwischen Vormund (Pfleger) und seinem Mündel besteht aber in der Regel keine Familiengemeinschaft. In Ansehung der Vorschrift des § 1838 S. 1 BGB, wonach das Vormundschaftsgericht anordnen kann, daß der Mündel zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder Erziehungsanstalt untergebracht wird, sind noch niemals Bedenken erhoben worden, obwohl es bei § 1838 S. 1 BGB auf das Verhalten des Vormunds (bzw. Pflegers; § 1915 Abs. 1 BGB) überhaupt nicht ankommt.¹⁾

Der Familienbegriff des Art. 6 Abs. 3 GG wird also durch eine sinnvolle Auslegung der Wechselbeziehung der Begriffe "Familie" und "Erziehungsberechtigte" inhaltlich bestimmt; auf jeden Fall ist unter "Familie" danach zumindest auch die Gemeinschaft zwischen Kind und außerehelicher Mutter und zwischen Kind und seinen Adoptiveltern zu verstehen.

Diese Deutung des Familienbegriffs könnte auch für Abs. 1 des Art. 6 GG gelten. Die Tatsache, daß der Familienbegriff innerhalb desselben Artikels zweimal verwendet worden ist, begründet die Vermutung, daß der begriffliche Inhalt identisch ist, es sei denn, daß gewichtige Gründe für eine gegenteilige Annahme sprechen würden. Solche gewichtigen Gründe liegen zwar nicht auf der Hand; aber es bleibt doch immerhin durch die enge Verbindung zwischen den Begriffen "Ehe" und "Familie" im Gesetzestext der Zweifel bestehen, daß der Verfassungsgeber den

¹⁾ Vgl. Palandt-Lauterbach § 1838 Anm. 2; Soergel-Siebert-Germer § 1838 Rdnr. 4 m.w.N.

Familienbegriff des Art. 6 Abs. 1 GG einschränkend als durch Ehe begründete Familie hätte verstanden wissen wollen. Wie auch das Reichsgericht¹⁾ sagte, ist ein solches Ergebnis nicht schlechthin ausgeschlossen; auch bei einem nach Zeit und Umständen der Entstehung, nach Beweggrund und Zweck, Aufbau und Gedankenführung völlig einheitliche Gesetz können "infolge der Mehrdeutigkeit von Worten Unebenheiten vorkommen".²⁾ Beim Begriff "Familie" handelt es sich aber, wie oben festgestellt wurde, um einen solchen mehrdeutigen Ausdruck.

dd) Art. 6 Abs. 4 und 5 GG.

Aus Abs. 4 des Art. 6 GG läßt sich für die Deutung der Begriffe "Eltern" und "Familie" nichts entnehmen.

Auch Abs. 5 gibt im Rahmen der logischen und systematischen Auslegung keine Lösungsmöglichkeit für die hier anstehenden Fragen.³⁾ Seinem Wortlaut nach verlangt Art. 6 Abs. 5 GG für das außereheliche geborene Kind nur gleiche Bedingungen für seine leibliche und seelische Entwicklung und seine Stellung in der Gesellschaft - und nicht schlechthin einen im Verhältnis zum ehelichen Kind gleichen Rechtsstatus,⁴⁾ woraus

1) RGZ 153, 20.

2) RGZ a.a.O.

3) Ob unter Umständen eine teleologische Auslegung zu einer Lösung führt, ist jedenfalls an dieser Stelle der Arbeit noch nicht zu untersuchen.

4) Vgl. dazu ausführlich Schlosser in FamRZ 1963, 601 ff. (603 ff). Ferner vgl. dazu den Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (Unehelichengesetz), Begründung S. 34 rechts Spalte unter 3.

man gegebenenfalls allein mit der logischen Auslegungsmethode folgern könnte, daß das Verhältnis des außerehelichen Kindes zu seiner Mutter rechtlich in jeder Beziehung das gleiche sein sollte wie das zwischen ehelichem Kind und seinen Eltern - , so daß also (vom Interesse des Kindes gegen Staats-erziehung her betrachtet) die Position der außerehelichen Mutter so stark gegen Eingriffe der Staatsgewalt geschützt wäre, wie das bei ehelichen Eltern durch die Grundrechtsverbürgung ihres Rechts gemäß Art. 6 Abs. 2 GG der Fall ist.

Auch aus der systematischen Stellung des Abs. 5 zu den Abs. 1 und 2 läßt sich nicht schließen, daß etwa die Gemeinschaft der außerehelichen Mutter mit ihrem Kind unter den Familienbegriff des Abs. 1 und die außereheliche Mutter selbst dem Elternbegriff des Abs. 2 zu subsumieren sei.

Wie die bisherigen Auslegungsversuche ergeben haben, ist eine Klärung der Frage, ob die außereheliche Mutter dem Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG untergeordnet werden könne, nicht ohne noch weitergehende Untersuchungen möglich.

Zunächst soll geprüft werden, ob die Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG Hinweise für die Auslegung zu liefern vermag.

c) Untersuchung der Entstehungsgeschichte des
Art. 6 GG (historische Interpretation).

Zur Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG bieten sich hauptsächlich die Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates an.¹⁾ Der Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates hatte das Werk der einzelnen Fachausschüsse zu korrigieren und die politischen Vorentscheidungen zu treffen,²⁾ die dann ohne wesentliche Änderungen im Plenum des Parlamentarischen Rates angenommen worden sind. Die Verhandlungen des Hauptausschusses können deshalb als Hauptquelle dafür angesehen werden, die rechtspolitische Zwecksetzung des Verfassungsgebers zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes zu ermitteln. Zwar ist für die Auslegung nicht entscheidend die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung; maßgebend allein ist der in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommende objektivierter Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Vorschrift hineingestellt ist.³⁾ Der subjektive Wille des Gesetzgebers kann aber insoweit berücksichtigt werden, als er im Gesetz einen, sei

1) Stenographische Protokolle der Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, Bonn 1948/49, hier zitiert als HA-Steno.

2) Vgl. HA-Steno S. 1 und Ziffer 5 der Regelung des Ältestenausschusses vom 11. 11. 1948 (abgedruckt in JöR NF 1, 10).

3) BVerfGE 1, 312; 8, 307; Scheuner S. 613; Hamann S. 56.

es auch noch so unvollkommenen, aber immerhin erkennbaren Niederschlag gefunden hat.¹⁾

Soweit die Verhandlungen des Hauptausschusses das Elternrecht zum Gegenstand hatten,²⁾ läßt sich daraus nur sehr wenig zur Klärung der Frage entnehmen, ob lediglich die ehelichen Eltern oder ob auch die außereheliche Mutter Elternrechtsinhaber im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG seien. In den betreffenden Verhandlungsabschnitten wurde immer nur von dem natürlichen Recht der Eltern auf die Erziehung ihrer Kinder gesprochen,³⁾ vom naturgegebenen Verhältnis der Eltern zum Kind⁴⁾ oder nur ganz allgemein von den "Eltern"⁵⁾ und deren vorrangigem Erziehungsrecht und vorrangiger Erziehungspflicht, ohne daß jemals eine ausdrückliche Bezugnahme auf eheliche oder gar außereheliche Eltern erfolgte. Die Debatte bewegte sich vor allem um die Frage, ob das Elternrecht auch die Bestimmung des religiös-weltanschaulichen Charakters der Schule umfasse.⁶⁾ Deshalb müssen andere

1) Vgl. dazu Bartholomeyczik S. 53. Zur Verwendung der Entstehungsgeschichte als Auslegungsmittel, wenn sie Zweifel beheben kann, die auf dem Weg der Interpretation des Wortlauts und des Sinnzusammenhangs allein nicht ausgeräumt werden können: BVerfGE 1, 312; BayVGh in BayVerwBl 1955, 94; Maunz S. 48; ferner Leibholz S. 14 und (etwas zu weitgehend) S. 230; Küchenhoff S. 620 f.; Enneccerus-Nipperdey S. 324 ff., insbes. S. 330; vgl. auch BVerfGE 8, 307.

2) HA-Steno S. 245-254, 55-567, 615, 759.

3) HA-Steno S. 245, 246, 556, 562.

4) HA-Steno S. 247.

5) HA-Steno S. 557, 560, 563.

6) HA-Steno S. 245 ff., 262 ff., 555 ff.

Verhandlungsabschnitte herangezogen werden, besonders solche, in denen es zur Aussprache über die Verhältnisse der außerehelichen Mutter und ihres Kindes gekommen ist, insbesondere über die Frage, ob das außerehelich geborene Kind dem ehelichen Kind gleichzubehandeln sei.

In diesen Verhandlungsabschnitten standen sich im wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber.

Die eine Seite¹⁾ verlangte die Gleichstellung des außerehelichen Kindes mit dem ehelichen und wollte sich mit dem Appell an den Gesetzgeber, für das außereheliche Kind die gleichen Bedingungen für seine leibliche und seelische Entwicklung und seine Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie für die ehelichen Kinder, nicht begnügen. Damit war z.T. auch die Absicht verknüpft, im Zuge der Gleichstellung von ehelichem und außerehelichem Kind auch die Stellung der außerehelichen Mutter der der ehelichen Mutter anzugleichen.²⁾ Man sprach von neuen Lebensformen, die sich außerhalb der Ehe gebildet hätten und die nicht als unmoralisch anzusehen seien.³⁾ Man sprach von den sogenannten Mutterfamilien, die als Realität anzusehen seien, und die den Gesetzgeber veranlassen müßten, ihnen die rechtliche Gleichstellung mit den ehelichen

¹⁾ HA-Steno S. 240 (Abg. Nadig), 241 (Abg. Nadig, Bergsträßer), 242 (Abg. Greve, Renner), 243 (Abg. Zimmermann), 244 (Abg. Renner), 548 (Abg. Nadig), 551 (Abg. Renner), 552 f. (Abg. Selbert).

²⁾ Vgl. HA-Steno S. 242 (Abg. Renner), 243 (Abg. Zimmermann), 244 (Abg. Renner), 548 (Abg. Nadig), 552 f. (Abg. Renner, Selbert).

³⁾ HA-Steno S. 552 f. (Abg. Selbert).

Familien zu verschaffen.¹⁾

Die andere Seite betonte immer wieder, daß man bei Gleichstellung des außerehelich geborenen Kindes mit dem ehelichen Kind Gefahr laufe, den dem abendländischen Leben zugrundeliegenden Familienbegriff als eine in sich geschlossene Ordnungseinheit preiszugeben;²⁾ das außerehelich geborene Kind - und damit auch die außereheliche Mutter - passe nicht in diesen Ordnungsbegriff unserer Gesellschaft.³⁾

Die Abgeordneten des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, die letztere Meinung vertraten, waren in der Überzahl. Alle Anträge der Gegenseite, die auf eine Gleichstellung des außerehelich geborenen Kindes mit dem ehelichen und einer Gleichstellung der außerehelichen Mutter mit der ehelichen Mutter oder den ehelichen Eltern überhaupt hinausliefen, wurden daher, wenn auch manchmal nur mit knapper Mehrheit, abgelehnt.⁴⁾ Es blieb schließlich nur der Appell an den Gesetzgeber, für die außerehelichen Kinder die gleichen Bedingungen für die leibliche und seelische Entwicklung und die Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie für die ehelichen Kinder. Dieser Appell hat in Art. 6 Abs. 5 GG seinen Ausdruck gefunden.

1) HA-Steno S. 241 (Abg. Nadig).

2) HA-Steno S. 240 (Abg. Weber, Wessel, Süsterhenn), 242 (Abg. Weber, Wessel), 243 (Abg. Süsterhenn), 548 f. (Abg. Wessel), 551 (Abg. Weber), 553 (Abg. Wessel).

3) HA-Steno S. 240 (Abg. Wessel, Süsterhenn), 242 (Abg. Weber, wessel), 243 (Abg. Süsterhenn), 548 (Abg. Wessel).

4) HA-Steno S. 245, 555.

In welcher Weise Ehe und eheliche Familie durch die Verleihung des Grundrechtsschutzes bevorzugt wurden, soll durch weitere Einzelheiten aus den Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates verdeutlicht werden. Der Familienbegriff des Art. 6 Abs. 1 GG wurde von der Mehrheit im Hauptausschuß ganz spezifisch ehelich verstanden. Das geht zunächst deutlich aus den ersten Fassungen des Abs. 1 des Art. 6 GG hervor. Die nur stilistisch durch den Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates verbesserte Fassung des Abs. 1 des damaligen Art. 7 a (1. Lesung des Hauptausschusses) lautete:¹⁾

"Die Ehe ist die rechtmäßige Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau. Sie bildet die Grundlage der Familie. Ehe und Familie und die damit verbundenen Rechte und Pflichten stehen unter dem Schutz der Verfassung."

Diese Fassung wurde in 2. Lesung vom Hauptausschuß im Sinne des Vorschlags des Allgemeinen Redaktionsausschusses folgendermaßen geändert:²⁾

"Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung."

Diese Fassung ist dann auch Gesetz geworden. Sachlich hatte sich bei dieser Formulierung gegenüber der ursprünglichen Fassung nichts geändert. Das erhellt aus der Anmerkung, die der Allgemeine Redaktionsausschuß seinem Änderungsvorschlag beifügte:³⁾

"Wenn Ehe und Familie unter den Schutz der

1) HA-Steno S. 239, 245.

2) HA-Steno S. 554 f.

3) Parlamentarischer Rat, Band 3, Entwürfe, S. 87.

staatlichen Ordnung gestellt sind, so sind damit zugleich die aus ihnen fließenden Rechte unter deren Schutz gestellt. Im übrigen bedarf es keines Hinweises auf die rechtmäßige Form der fortdauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, wenn die Ehe als solche unter den besonderen Schutz des Staates gestellt wird ..."

vMangoldt¹⁾ meinte, die Verhandlungen des Hauptausschusses ließen offen, ob der Fassung des Redaktionsausschusses nicht die Absicht zugrunde liege, die in der Fassung des Grundsatzausschusses liegende Anerkennung der Ehe als der rechtmäßigen Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und als solcher der Grundlage der Familie zu umgehen. Diese Ansicht ist aber mit dem Hinweis auf die vom Redaktionsausschuß gemachte Anmerkung zum Änderungsvorschlag (s.o.) abzulehnen. Die vom Redaktionsausschuß vorgeschlagene Änderung einschließlich der erklärenden Anmerkung lag allen Mitgliedern des Hauptausschusses vor, und wenn der Änderungsvorschlag ohne Debatte angenommen worden ist, so doch nur, weil auf Grund der Anmerkung offensichtlich keine sachliche Änderung beabsichtigt war.

Die Feststellung, daß unter Familie nur die eheliche Familie verstanden wurde, wird mittelbar auch durch das Abstimmungsergebnis des Hauptausschusses bewiesen. Nach der 1. Lesung des Hauptausschusses wurde der Abs. 1 des Art. 7 a mit knapper

¹⁾ Parlamentarischer Rat, Band 2, Zusammenstellung der schriftlichen Berichte für das Plenum, S. 9.

Mehrheit von 11 : 10 Stimmen¹⁾ angenommen, aber auch nach der Änderung gemäß der Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses nur mit einem Stimmenverhältnis von 12 : 9.²⁾ Wäre unter Familie auch die sogenannte Mutter-Familie zu verstehen gewesen, hätte der Absatz jeweils mehr positive Stimmen erhalten, weil ja dann der Vorrang der ehelichen Familie ausgeschaltet worden wäre und die Gegenseite mit ihrer Zustimmung der Gleichstellung von außerehelichem und ehelichem Kind und damit auch der Gleichstellung von außerehelicher Mutter mit ehelichen Eltern näher gekommen wäre.

Wenn man nun nach diesen durch die historische Interpretation erlangten Erkenntnissen das als natürlich bezeichnete Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG betrachtet, ergibt sich folgendes Bild: Das Elternrecht wird als natürliches Recht angesehen, weil es einer natürlichen Ordnung entspringt. Als natürliche Ordnung aber galt für die Mehrheit der Mitglieder des Hauptausschusses nur die christlich-abendländische Kulturordnung, nämlich die Ordnung von Ehe und ehelicher Familie.³⁾ Unter diesem Begriff einer natürlichen Ordnung kann aber die Beziehung zwischen außerehelicher Mutter und ihrem Kind nicht als natürlich angesehen werden. Aus einer nicht der natürlichen Rechtsordnung entspringenden Beziehung kann der Annahme nach auch kein natürliches Recht entspringen. Es ist dabei gleichgültig, ob der

1) HA-Steno S. 245.

2) HA-Steno S. 555.

3) Vgl. z.B. HA-Steno S. 240 und 242 (Abg. Wessel), S. 240 und insbes. 243 (Abg. Süsterhenn).

Begriff des natürlichen Rechts richtig verwendet wurde oder nicht. Die Mehrheit im Hauptausschuß hat sich dahin geäußert, daß die eheliche bzw. ehelich-familiäre Ordnung die natürliche Ordnung sei. Das Elternrecht kann deshalb als natürliches Recht, wie es allenthalben auch in den Hauptausschußverhandlungen bezeichnet worden ist,¹⁾ nur dieser ehelichen bzw. ehelich-familiären Ordnung entspringen.

Wenn nun von einer Vertreterin der Auffassung, Ehe und Familie seien natürliche Ordnungseinheiten, die Personensorge der außerehelichen Mutter einmal im Laufe einer Sitzung als deren natürliches Recht bezeichnet wurde,²⁾ so muß berücksichtigt werden, daß dies geschehen ist zur Verteidigung des Rechtes der außerehelichen Mutter gegen mögliche Rechte des außerehelichen Vaters. Die Äußerung ist daher so zu verstehen, daß die außereheliche Mutter ihrem Kind natürlicherweise näher sei als der außereheliche Vater, der Vater auch in der Regel mit dem Kind nicht in Verbindung trete und insofern von einem natürlichen Erziehungsrecht der außerehelichen Mutter gesprochen werden könne. Demnach dürfte darin wohl kein Widerspruch zu dem oben gefundenen Ergebnis liegen.

Nach allen diesen Überlegungen kann man feststellen, daß hinreichende Gründe für die Notwendigkeit der Annahme vorhanden sind, die Mehrheit des Hauptausschusses habe unter dem Begriff "Familie" des Art. 6 Abs. 1 GG

1) z.B. Abg. Weber HA-Steno S. 245 und Abg. Wessel ebenda.

2) Abg. Wessel HA-Steno S. 549.

nur die eheliche Familie und unter dem Begriff "Eltern" des Abs. 2 nur die ehelichen Eltern verstanden.

In den weiteren Lesungen wurde dieser sachliche Gehalt des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG ohne weitere Disputation angenommen.¹⁾ Auch das Plenum des Parlamentarischen Rates änderte daran nichts mehr.

d) Untersuchung der Entstehungsgeschichte des
Art. 7 Abs. 2 GG.

Eine kurze historische Überprüfung sei noch Lindachers Auffassung gewidmet, der von der Tatsache, daß dem Vormund nach Art. 7 Abs. 2 GG Grundrechtsschutz gewährt wird, folgert, daß die anderen Ausgestaltungen des vormundschaftlichen Erziehungs- und Pflegerechts grundrechtlich geschützt seien, der Vormund also demnach auch unter den Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG zu subsumieren sei.²⁾ Wenn das der Fall wäre, dann würde der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG auch die außer-eheliche Mutter umfassen.

Bei der Schaffung des Art. 7 GG,³⁾ insbesondere seiner Abs. 1 - 3, wurde im wesentlichen um die Frage gekämpft, ob die verfassungsmäßige Voraussetzung dafür zu schaffen sei, daß die Eltern nach freier Entscheidung ihre Kinder in Bekenntnis- oder Gemeinschaftsschulen oder anderen Schulen erziehen lassen könnten, der Staat

1) Vgl. HA-Steno S. 615, 759.

2) FamRZ 1964, 116 ff., 118 f.; siehe auch oben S. 46 f. und 51 f.

3) Vgl. z.B. HA-Steno S. 245 ff., 262 ff., 555 ff. und JÖR NF Bd. 1, 102 - 111.

also bei entsprechendem Elternverlangen jedweder Minorität verpflichtet sei, eine Schule der gewünschten Art einzurichten. Von den Vertretern dieser Auffassung wurde diese Forderung aus dem naturrechtlichen, vorstaatlichen Charakter des Elternrechts abgeleitet. Diese weitgehende Forderung - Statuierung eines Elternrechts zur Bestimmung des religiös-weltanschaulichen Charakters der Schule - wurde von der Mehrheit der Mitglieder des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates abgelehnt, dafür aber eine Formulierung aufgenommen, die entsprechend der bisherigen Regelung in der Weimarer Reichsverfassung Art. 149 Abs. 2 und im Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 (RGBl. I S. 939)¹⁾ dem Staat bedeutete, keine Verfügung über die Teilnahme eines Kindes am Religionsunterricht zu haben. Damit wurde wenigstens insoweit ein negatives Statusrecht²⁾ geschaffen, das wie bisher in der Weimarer Reichsverfassung grundsätzlich allen Erziehungsberechtigten zustehen sollte.³⁾

Man machte sich bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat im einzelnen keine Gedanken darüber, daß die Bestimmung der Teilnahme am Religionsunterricht eigentlich Ausfluß des allgemeinen Erziehungsrechts ist, und wie nun, indem man auch dem Vormund (Art. 7 Abs. 2 GG: "Erziehungsberechtigte") dieses Recht durch Art. 7 Abs. 2 GG zubilligte, das Qualitätsgefälle zwischen den sonstigen Ausgestaltungen des vormundschaftlichen Er-

1) Vgl. insbes. § 3 Abs. 2 RKEG.

2) v. Mangoldt-Klein Art. 7 Anm. IV 1 (S. 283).

3) Vgl. Wernicke Art. 7 II 2 b; v. Mangoldt-Klein Art. Anm. IV 4 (S. 284).

ziehungsrechts und dem Recht des Art. 7 Abs. 2 GG zu rechtfertigen sei. Eine befriedigende vernünftige Antwort auf die Frage, warum beim Vormund bzw. Sorgerechtspfleger das Recht, die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen, (infolge des höheren Schutzes) mehr wert ist als andere Ausgestaltungen des Rechts zur Erziehung und Pflege, läßt sich in der Tat nicht finden. Zum besseren Verständnis solcher Entscheidungen des Verfassungsgebers darf hier nicht außer Acht gelassen werden, daß es sich vielfach um Entscheidungen aktueller politischer Fragen handelte - wie hier z.B. der Frage, ob der Staat eine Bestimmung der Kinder zur Teilnahme am Religionsunterricht treffen könnte - , wobei im einzelnen nicht darauf geachtet wurde (und bei der Fülle des Stoffes und der zur Verfügung stehenden kurzen Zeit auch nicht geachtet werden konnte), ob der Gesamtheit der Entscheidungen ein sauberes begriffliches System zugrunde lag, wonach man eines aus dem anderen logisch folgern könnte.

Aus den vorherigen Untersuchungen der Auffassung des Verfassungsgebers steht aber darüberhinaus fest, daß dem Vormund bzw. Sorgerechtspfleger nicht das als Grundrecht geschützte Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG zustehen sollte.¹⁾ Nur in den Fällen des Art. 7 Abs. 2 GG (nicht des Art. 6 Abs. 3)²⁾ ist auch dem Vormund bzw. Sorgerechtspfleger der besondere grundrechtliche Schutz gewährleistet.

Ob man nun will oder nicht: Die ursprüngliche rechtspolitische Zielsetzung unseres GG, der normative

1) Siehe oben S. 61 ff., insbes. S. 64 ff.

2) Siehe oben S. 57 f.

Wille des historischen Verfassungsgebers dürfte dahin gegangen sein, nur das auf der Ehe basierende Elternrecht als natürliches Elternrecht zu schützen. Was diese ursprüngliche rechtspolitische Zielsetzung anbetrifft, hat Wernicke also insofern recht, als er meint, die außereheliche Mutter sei vom Elternrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG ausgeschlossen,¹⁾ und ebenso Hansmann.²⁾ Insofern ist auch die Ansicht von v.Mangoldt-Klein zutreffend, es handele sich bei Art. 6 Abs. 2 GG um eine besondere grundrechtliche Teilausgestaltung des Abs. 1 des Art. 6 GG.³⁾

e) Teleologische Auslegung des Art. 6 Abs. 2 GG.
Rechtsfindung.

Es ist zu prüfen, ob wir an die oben festgestellte ursprüngliche (historische) Wertentscheidung des Verfassungsgebers auch dann noch gebunden sind, wenn sich die Auffassungen von Ehe und Familie und dem Kreis der Inhaber des natürlichen Elternrechts gewandelt haben oder die Einfügung des Art. 6 GG in den Zusammenhang der übrigen Rechtsordnung eine andere Auslegung gebietet. Von der überwiegenden Mehrzahl der Autoren, die sich zum Thema Elternrecht geäußert haben,⁴⁾ wird die außereheliche Mutter unter den Elternrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG einbezogen, von einigen Autoren sogar noch der Minderjährigen-Vormund des BGB und sogar noch der außereheliche Vater. Es gilt zunächst also zu untersuchen, ob der Fassung des Art. 6 Abs. 2 GG entgegen der ursprünglichen rechtspolitischen Zielsetzung überhaupt ein anderer Elternbegriff zugrundegelegt werden kann oder nicht. Mit

1) Wernicke Art. 6 II 2 c.

2) Hansmann in FamRZ 1962, 454.

3) v.Mangoldt-Klein Art. 6 Anm. III 8 d (S. 270).

4) Zusammenstellung des Streitstandes oben S. 57 ff.

anderen Worten lautet die Fragestellung folgendermaßen: Entspräche es dem Willen des Verfassungsgebers - wenn er heute zu entscheiden hätte - , daß der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 GG auch die außereheliche Mutter umfaßt? Damit scheint weniger das Problem der Auslegung¹⁾ als vielmehr das Problem der Rechtsfortentwicklung oder Rechtsfindung (die sich mit der Frage beschäftigt: Kann dem Gesetz eine neue Wertung unterlegt werden?) angeschnitten zu sein.²⁾

aa) Allgemeines.

Vorerst dürfte grundsätzlich festzustellen sein, daß die einmal von einem Gesetzgeber artikuliert getroffene Entscheidung in ihrem Wertgehalt keineswegs für immer gebunden ist an die Normvorstellung des Gesetzgebers zum Zeitpunkt des Erlasses des betreffenden Gesetzes. Das gilt nicht nur für die einfachen Gesetze, sondern auch - wie das BVerfG mehrfach ausgesprochen hat³⁾ -

1) Die gesetzgeberische Wertung, d.h. die des historischen Gesetzgebers, ist ja bereits festgestellt.

2) Die beiden Begriffe "Auslegung" und "Rechtsfortentwicklung" (Rechtsfindung) werden von Enneccerus-Nipperdey S. 326 ff. in lichtvoller Weise unterschieden; vgl. auch Stern in NJW 1958, 1435. Im einzelnen bedarf es hier keiner Auseinandersetzung darüber, ob es sich um Auslegung oder Rechtsfindung (Rechtsfortentwicklung) handelt, weil es im wesentlichen gleich bleibt, ob man, wenn man die Richtlinien für die Gesetzesanwendung letztlich aus den Werturteilen der zur Zeit der Entscheidung herrschenden Kulturschicht gewinnt, diese Rechtsanwendung nach der objektiven Theorie Auslegung nennt, oder ob man, wie ich es für richtig halte, der subjektiven (historischen) Auslegungsmethode folgend die gleiche Rechtsanwendung Rechtsfindung oder Rechtsfortentwicklung nennt. Zu den Theorien vgl. im einzelnen Enneccerus-Nipperdey S. 324 ff.

3) BVerfGE 2, 380 ff., 401; 7, 342 ff., 351.

für Verfassungsbestimmungen, wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen.

Auch in der Literatur wird ganz allgemein die Möglichkeit einer Rechtsfortentwicklung oder Rechtsfindung im Rahmen eines bestehenden Gesetzes nicht in Zweifel gezogen.¹⁾ Der normative, objektivierte Wille des historischen Verfassungsgebers ist also keine bindende, für die Rechtsfindung unübersteigbare Schranke. Der Rechtsfindung ihrerseits sind nichtsdestoweniger Grenzen gezogen.²⁾ Da ihr Ziel ist, eine aktuelle Regelung zu finden, wie sie der heutige Gesetzgeber bei den augenblicklichen Interessen und Wertüberzeugungen treffen würde, weist die Ermittlung des aus Zeitumständen und neueren Gesetzen ableitbaren hypothetischen normativen Willens des Gesetzgebers die Richtung für die von der ursprünglichen rechtspolitischen Zielsetzung des historischen Gesetzgebers abweichende Anwendung eines Gesetzes. Die Berechtigung für die Annahme eines hypothetischen Willens ergibt sich aus folgenden Gründen: Mit dem Erlass eines Gesetzes soll nicht nur für den Augenblick des Erlasses und die nähere Zukunft ein höchstmöglicher Regelungseffekt gesichert sein, sondern auch für die weitere Zukunft. Angesichts der Erfahrung, daß das soziale Leben und

¹⁾ Vgl. z.B. Enneccerus-Nipperdey S. 326, insbes. 336 ff.; Stern in NJW 1958, 1435; Küchenhoff S. 620 f.; Leibholz S. 230; Zimmermann in NJW 1956, 1264. Letztere drei Autoren unterscheiden allerdings nicht wie Enneccerus-Nipperdey Auslegung und Rechtsfindung.

²⁾ Siehe unten S. 76 f.

die diesem zugrundeliegenden Anschauungen niemals starr sind, sondern sich in stetiger Veränderung befinden, soll diesem Umstand durch sachgemäße Handhabung des Gesetzes auf Fälle, die vom Gesetzgeber nicht oder nicht in der Form berücksichtigt wurden, Rechnung getragen werden, indem die hypothetische Auffassung des Gesetzgebers in dieser veränderten Sachlage oder bei allgemeiner grundlegender Änderung der Lebensanschauungen zu ermitteln ist.¹⁾ Diese allgemein geübte Anwendung der Gesetze schließt die andernfalls auftauchende Notwendigkeit aus, den Gesetzgebungsapparat mit ständigen, den veränderten Lebensanschauungen adäquaten Novellierungen älterer Gesetze zu beschäftigen und damit bei der heutigen Arbeitsbelastung der Parlamente zu überlasten.²⁾

Die sichere Erkennbarkeit der Willensänderung des Gesetzgebers ist zudem oftmals gewährleistet durch andere, neuere Gesetze.

Für die Möglichkeit und unter Umständen Notwendigkeit der von der ursprünglichen rechtspolitischen Zielsetzung abweichenden Anwendung eines Gesetzes äußert sich auch Bartholomeyczik,³⁾ wenn er schreibt: "Der Gesetzgeber ist insofern permanent, als er auch

¹⁾ Vgl. ähnlich Bartholomeyczik S. 44 ff.; auch Ennecerus-Nipperdey S. 326 ff.

²⁾ Zu den durch den Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) gebotenen Grenzen der Auslegung bzw. Rechtsfindung vgl. z.B. BVerfGE 8, 28 ff., 33 ff.; 9, 89 ff., 102.

³⁾ S. 45. Bartholomeyczik verbindet subjektive Theorie der Gesetzesauslegung (die es überwiegend auf die Werturteile und Zielsetzungen der Kulturschicht im Zeitpunkt der Gesetzgebung abstellt) und objektive Theorie (die die Richtlinien der Gesetzesauslegung aus den Werturteilen der bei der Entscheidung, nicht bei der Setzung herrschenden Kulturschicht gewinnt).

spricht, wenn er kein Recht setzt, sondern schweigt. Auch wenn er schweigt, redet er. Er sieht von der Änderung seiner Gesetze ab, auch wenn das soziale Leben sich ändert. So kann er auch ohne Änderung der Formen des Gesetzes seinem Inhalt einen anderen Sinn geben. Er kann die Grundwerte seines Gesetzes durch Willensäußerungen in anderen Gesetzen verändern und damit der ursprünglichen rechtspolitischen Zielsetzung unter Aufrechterhaltung der alten Form eine andere Richtung geben."¹⁾

bb) Auslegungs- und Rechtsfindungsmittel im Verfassungsrecht.

Auslegungs- und Rechtsfindungsmittel sind im Verfassungsrecht grundsätzlich die gleichen wie in anderen Rechtsgebieten.²⁾ Dennoch gebietet die der Verfassung gegenüber einfachen Gesetzen eigene erhöhte Stabilität und Bestimmtheit,³⁾ Rechtsfindungsmittel nur mit besonderer Vorsicht bei der Verfassungsanwendung zu gebrauchen. Die Verfassung hat ihr selbst immanente Schranken,⁴⁾ die es ausschließen, daß eine Änderung der rechtspolitischen Zielsetzung erfolgt. Das gilt indessen aber nur für die Fälle, in denen ein durch die Verfassung gesicherter Rechtsbestand, der unter dieser Änderungsmöglichkeit steht, eingeschränkt oder gar beseitigt werden soll. Für die Fälle, in denen eine Erweiterung des Rechtsbestandes erfolgt,

1) Das kann sogar dazu führen, daß ein Gesetz entgegen seinem Wortlaut angewandt werden kann, vgl. BVerfGE 9, 89 ff., 102; BGHZ 17, 266 ff., 274 ff.; Hamann S. 54.

2) Vgl. Hamann S. 55; v. Mangoldt-Klein S. 6 ff.; Scheuner S. 613.

3) So z.B. Forsthoff in Festschrift für Carl Schmitt S. 36; Hamann S. 54.

4) z.B. Art. 19 Abs. 1 und 2, Art. 79 Abs. 3 GG.

dürfte das wohl nicht gelten, es sei denn, daß durch die Erweiterung z.B. das Wesen eines Grundrechtes geändert würde. Für die Grundrechte wurde eine Auslegungsmaxime geschaffen, die dem Charakter der Grundrechte als Freiheitsrechte im Verhältnis Bürger-Staat entspricht und höchstmögliche Wirksamkeit der Grundrechte gewährleistet: Im Zweifel ist derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet.¹⁾ Dieses Prinzip rechtfertigt auch die Annahme, daß dem auf der Weiterentwicklung der gesellschaftlichen Anschauungen beruhenden Bedeutungswandel grundrechtlicher Wertvorstellungen in Form einer erweiternden Grundrechtssicht nicht das Gebot strenger Verfassungsauslegung entgegensteht.²⁾ Ein solcher Bedeutungswandel hinsichtlich des Grundrechtes des Art. 6 Abs. 2 GG scheint aber seit der Schaffung des GG erfolgt zu sein.

cc) Ermittlung des hypothetischen Willens des Gesetzgebers.

aaa) Die herrschende Meinung.

Forscht man nach dem hypothetischen Willen des Gesetzgebers, indem man sich fragt, wie er entschieden haben würde, wenn er heute den Art. 6 Abs. 2 GG zu schaffen oder auszufüllen hätte, so kann einem für die Antwort einmal die jetzige herrschende Meinung behilflich sein.³⁾ Die weit überwiegende herrschende Meinung be-

¹⁾ So hat das BVerfG in BVerfGE 7, 55 ff., 72 im Anschluß an Thoma entschieden. Vgl. auch Über S. 28; Jellinek in der Rezension von Überschrift in DÖV 1952, 383; Hamann S. 55.

²⁾ Vgl. Hamann S. 55.

³⁾ Der Gesetzgeber wird sich bei Schaffung eines Gesetzes kaum der überwiegenden h.M. (der Esoteriker) verschließen.

jaht - wie oben schon dargestellt¹⁾ - das Elterngrundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG für die außereheliche Mutter. Bemerkenswert ist, daß auch höhere Gerichte, die bisher mit der Frage befaßt wurden, die Grundrechtsqualität des Elternrechts der außerehelichen Mutter annehmen.²⁾

bbb) Äußerung des Gesetzgebers in neueren Gesetzen, hier: § 1707 Abs. 2 BGB.

Ein noch wichtigerer Hinweis für die Ermittlung des hypothetischen Gesetzgeberwillens könnten die Äußerungen des Gesetzgebers in neueren Gesetzen sein, sofern sie eine Willensänderung erkennen lassen. In Betracht kommt hier das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961,³⁾ durch das dem § 1707 BGB der Abs. 2 hinzugefügt wurde. Danach kann das Vormundschaftsgericht einer volljährigen außerehelichen Mutter auf Antrag die elterliche Gewalt übertragen. Der Zweck dieser Regelung ist nach der amtlichen Begründung der Bundesregierung⁴⁾, eine ungerechtfertigte Diskriminierung der außerehelichen Mutter grundsätzlich zu beseitigen. Sowohl in der regierungsamtlichen Begründung als auch im Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages⁵⁾ wird bemerkt, daß es zum Schutze der außerehelichen Kinder im gegenwärtigen Zeitpunkt

1) Siehe oben S. 39 und dort Fußn. 1).

2) OLG Stuttgart in FamRZ 1964, 51. Das EVerwG in FamRZ 1962, 472 äußert sich zwar nicht ausdrücklich zu Art. 6 Abs. 2 GG, aber der Hinweis auf die Vertreter der h.M. läßt auch Bejahung des Elterngrundrechts für die außereheliche Mutter vermuten.

3) BGBI I S. 1221.

4) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957, Anlagen-Band 58, Drucksache 530 S. 18.

5) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957, Anlagen-Band 75, zu Drucksache 2812 S. 5; der Rechtsausschuß ließ den später zum Gesetz gewordenen Entwurf der Bundesregierung unverändert, vgl. Drucksache 2812.

nicht vertretbar sei, einer außerehelichen Mutter kraft Gesetzes die elterliche Gewalt zuzusprechen.
- Der Bundestag billigte den Entwurf des § 1707 Abs. 2 einstimmig.¹⁾

Die Grundrechtsproblematik wurde weder in der regierungsamtlichen Begründung noch im Bericht des Rechtsausschusses oder den Verhandlungen des Bundestages erörtert. Es bereitet deshalb Schwierigkeiten, unmittelbar aus der Neuregelung des § 1707 Abs. 2 BGB auf die gesetzgeberische Auffassung über die grundrechtliche Rechtsnatur des Elternrechts der außerehelichen Mutter zu schließen. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang zunächst, daß mit dem § 1707 Abs. 2 BGB die Möglichkeit geschaffen wurde, die außereheliche Mutter in die Lage zu versetzen, die volle elterliche Gewalt auszuüben wie eine alleinstehende eheliche Mutter. Ferner ist bemerkenswert, daß die Formulierung dieses Abs. 2 des § 1707 BGB darauf zielt, eine ungerechtfertigte Diskriminierung der außerehelichen Mutter zu beseitigen und ihre Rechtsstellung zu verbessern.²⁾ Leitmotiv dieser Regelung ist also nicht primär das Interesse des Kindes, sondern eine Verstärkung des Elternrechts der außerehelichen Mutter,³⁾ die ihr zu versagen dann nicht gerechtfertigt erscheint, wenn die außereheliche Mutter zur Pflege und Erziehung geeignet ist.

1) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957, Stenographische Berichte Band 49, 164. Sitzung S. 9460 A, (1961).

2) So die regierungsamtliche Begründung und der Bericht des Rechtsausschusses a.a.O. (s.o. S. 78 Fußn. 4 und 5).

3) So auch Gernhuber, Familienrecht, S. 623/624.

Daraus könnte man folgern: Wenn der Gesetzgeber die zur Pflege und Erziehung des Kindes geeignete außereheliche Mutter für würdig hält, die elterliche Gewalt zu erhalten und allein auszuüben, und insofern eine rechtliche Gleichstellung zwischen außerehelicher Mutter und ehelichen Eltern geschaffen hat, dann besteht kein zwingender Grund mehr für die Notwendigkeit der Annahme, die außereheliche Mutter hinsichtlich des Schutzes ihrer elterlichen Gewalt anders als eheliche Eltern zu behandeln.

Einer solchen Folgerung für die gesetzgeberische Auffassung von der Grundrechtsqualität des Elternrechts der außerehelichen Mutter begegnen allerdings Bedenken, da nach der regierungsamtlichen Begründung zu § 1707 Abs. 2 BGB¹⁾ für den Fall der Entziehung oder Beschränkung der der außerehelichen Mutter übertragenen elterlichen Gewalt nicht die §§ 1666 ff. BGB, sondern § 1696 BGB anwendbar sein soll. Der Rechtsausschuß hat diese Formulierung nicht beanstandet. Auch der Bundestag hat ohne Debatte den Regierungsentwurf des § 1707 Abs. 2 BGB gebilligt. Unter diesem Aspekt erscheint es fraglich, ob der außerehelichen Mutter wirklich die Möglichkeit eingeräumt worden ist, im Verhältnis zu ihrem Kind die gleiche Rechtsstellung zu erlangen wie die der ehelichen Eltern zu deren Kind. Die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter scheint auch nach der Neuregelung nicht denselben Schutz vor Beschränkung oder Entziehung zu haben wie die elterliche Gewalt ehelicher Eltern. Deren Recht kann nur nach den engen Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB beschränkt oder entzogen werden.

¹⁾ a.a.O. (s.o. S. 78 Fußn. 4).

Da jedoch vom Gesetzgeber die Grundrechtsproblematik nicht erörtert wurde und auch nicht deutlich aus der vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 1707 Abs. 2 BGB etwa gleichzeitig beabsichtigten Änderungsmöglichkeit nach § 1696 BGB zu erkennen ist, ob der Gesetzgeber das Elterngrundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG für die außereheliche Mutter ablehnte,¹⁾ kann nicht mit Sicherheit seine Auffassung zur Rechtsnatur des Elternrechts der außerehelichen Mutter festgestellt werden. Demzufolge läßt sich aus dem § 1707 Abs. 2 BGB und den Materialien keine eindeutige Aussage derart machen, daß der Gesetzgeber das Elternrecht der außerehelichen Mutter nunmehr als von Art. 6 Abs. 2 GG geschützt betrachtet.

ccc) Wertung der Schaffung des § 1707 Abs. 2 BGB.

Beseitigung einer ungerechtfertigten Diskriminierung der außerehelichen Mutter.

Es bleibt festzuhalten, daß mit der Regelung des § 1707 Abs. 2 BGB eine ungerechtfertigte Diskriminierung der außerehelichen Mutter beseitigt²⁾

¹⁾ Es ist immerhin möglich, daß sich der Gesetzgeber bei angenommener Grundrechtsqualität des Elternrechts der außerehelichen Mutter keine Gedanken über die Erfordernisse der Einschränkung oder Entziehung des Elterngrundrechts des Art. 6 Abs. 2 GG machte, oder daß der Gesetzgeber den § 1696 BGB als eine das Grundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG einschränkende Norm mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanfordernis für vereinbar und damit für verfassungsmäßig hielt.

²⁾ Zumal auch in der regierungsamtlichen Begründung (siehe oben S. 78 Fußn. 4) von der Beseitigung einer ungerechtfertigten Diskriminierung gesprochen wurde.

und damit ein wesentlicher Fortschritt im Vergleich zum alten Rechtszustand erreicht werden sollte.

Der außerehelichen Mutter war bis zur Neuregelung des § 1707 Abs. 2 BGB keine Möglichkeit eingeräumt, ihr Elternrecht in gleichem Ausmaß wie eheliche Eltern ausüben zu können. Die Außerehelichkeit widerstrebte so sehr der christlich- abendländischen Moral, daß die außereheliche Mutter nicht den ehelichen Eltern gleichzustellen war, ohne daß die auf Ehe und ehelicher Familie basierende Gesellschaftsordnung erschüttert und in ihrem Wert gemindert worden wäre. Das beweisen auch die Äußerungen im Parlamentarischen Rat.¹⁾ Sicherlich war für die Versagung der Möglichkeit, Elternrechte wie eheliche Eltern ausüben zu können, auch die Erfahrung entscheidend, daß die Außerehelichkeit für das Kind besondere Gefahren barg, die eine Beschränkung der außerehelichen Mutter in ihrem Elternrecht und eine besondere staatliche Aufsicht gerechtfertigt erscheinen ließen.²⁾ Die Tatsache aber, daß der außerehelichen Mutter überhaupt versagt war, die rechtliche Stellung der ehelichen Eltern oder der alleinstehenden ehelichen Mutter zu erlangen, dürfte allein darauf zurückzuführen sein, daß man mit einer Gleichstellung das Recht der ehelichen Eltern und damit die Ehe und eheliche Familie abzuwerten fürchtete.³⁾ Daß

1) Vgl. HA-Steno S. 240, 242, 243, 548 f., 551, 553.

2) Vgl. Motive Bd. IV S. 860 ff.

3) Motive Bd. IV S. 724: "... elterliche Gewalt ... der rechtliche Ausdruck eines natürlichen, sittlichen Verhältnisses ..."; S. 851: "Bei der Regelung des Rechtsverhältnisses der unehelichen Kinder ist der Entwurf davon ausgegangen, daß regelmäßig nur die durch eheliche Abstammung vermittelte Verbindung diejenige sittliche Grundlage gewährleistet, welche die Voraussetzung familienrechtlicher Rechte und Pflichten bildet ...".

diese Besorgnis heute nicht mehr besteht, beweist die Regelung des § 1707 Abs. 2 BGB.¹⁾

Zwar bestand früher die Möglichkeit (und besteht theoretisch auch noch heute)²⁾, der außerehelichen Mutter die Vormundschaft über ihr Kind zu übertragen. Damit aber wäre sie zum Unterschied von den Eltern ehelicher Kinder der laufenden Aufsicht des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1837 ff. BGB unterstellt, während gegenüber den Eltern ehelicher Kinder als Inhabern der elterlichen Gewalt das Vormundschaftsgericht nur bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern eingreifen kann, die Aufsicht also nur fallweise besteht.

Auch die Adoption genügte solchen Bedürfnissen nur unvollkommen, weil dieses Institut mit allen seinen auf ganz andere Tatbestände abgestellten persönlichen und sachlichen Erfordernissen (vgl. §§ 1741 ff. BGB) zu dem Zweck gekünstelt erscheint, einer für die Pflege und Erziehung ihrer Kinder geeigneten außerehelichen Mutter zu derselben Rechtsstellung wie

¹⁾ Schon nach dem weimarischen Gesetz vom 27. 3. 1872, §§ 2, 4, 15, 16, stand der außerehelichen Mutter die volle elterliche Gewalt einschließlich der Verwaltung des Vermögens, der Vertretung und der elterlichen Nutznießung zu. Dasselbe war nach dem hessischen Entwurf III Art. 55 zum BGB der Fall, jedoch mit der Maßgabe, daß das Vormundschaftsgericht einen Vormund oder Kurator für das Kind bestellen konnte. (Angaben nach Motive Bd. IV S. 860).

die der ehelichen Eltern zu verhelfen.¹⁾ Die Tatsache, daß die Vorschrift des § 1707 Abs. 2 BGB geschaffen wurde, beweist dies zur Genüge. Die Beseitigung der Ungleichheit wird nämlich auf natürlichste Weise dadurch erreicht, daß der außerehelichen Mutter bei ihrer Geeignetheit die Ausübung der elterlichen Gewalt eingeräumt wird, die ihr bis zur Übertragungsentscheidung versagt war. Diese Möglichkeit wird nunmehr durch § 1707 Abs. 2 BGB eröffnet.

Die Unterscheidung zwischen außerehelicher Mutter und ehelichen Eltern - die mangelnde Ehelichkeit - konnte und sollte nicht mit der neuen Regelung beseitigt werden, aber in ihrer bisherigen rechtlichen Auswirkung dadurch gemildert werden, daß im Falle der Eignung zur Sorge für die Person und das Vermögen einschließlich der rechtlichen Vertretung des Kindes der außerehelichen Mutter die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, die elterliche Gewalt auszuüben.

Mit der Neuregelung des § 1707 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er die zur Ausübung der elterlichen Gewalt geeignete außereheliche Mutter im Verhältnis zum Kind der alleinstehenden ehelichen Mutter oder den ehelichen Eltern überhaupt gleicherachtet. Denn die Einräumung der gleichen

¹⁾ Die h.M. bejaht die Adoptionsmöglichkeit; vgl. z.B. Beitzke, Studienbuch, § 32 II 1 (S. 180); Schnitzerling in StAZ 1965, 282; LG Köln in FamRZ 1965, 54 mit zustimmender Anm. von Bosch; LG Hidesheim in ZBlJugR 1965, 227 = FamRZ 1965, 580 = NJW 1965, 2063; LG Tübingen in FamRZ 1964, 54; Gernhuber, Familienrecht, S. 671; Arnold in FamRZ 1966, 343; für die Zeit vor Einführung des § 1707 Abs. 2 BGE z.B.: KGJ 48, 232 ff. (236); KG in JFG 1, 93 ff.; Glässing S. 36 f. und S. 58; a.A. soweit ersichtlich allein Urbach in ZBlJugR 1962, 291.

Rechtsstellung für die außereheliche Mutter mittels Übertragung der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht läßt eine substantielle Verschiedenheit der Rechte ehelicher Eltern und außerehelicher Mutter - und damit auch einen Ausschluß der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter vom Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG - nicht mehr vertretbar sein. Durch die Neuregelung ist eine "ungerechtfertigte Diskriminierung" ¹⁾ beseitigt worden. Als ungerechtfertigt wurde diese deshalb empfunden, weil keine Notwendigkeit einzusehen war, einer zur Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einschließlich der Vertretung in diesen Angelegenheiten geeigneten außerehelichen Mutter noch länger die elterliche Gewalt zu versagen. Wenn nämlich diese Eignung vorhanden ist, dann kann es nur als natürlich betrachtet werden, daß die leibliche Mutter die elterliche Gewalt auch ausübt; ²⁾ die Bezeichnung dieser Rechtsfolge als einer natürlichen kann sich wohl niemand angesichts der Tatsache verschließen, daß das naturgegebene enge Verhältnis der leiblichen Eltern zum Kind, insbesondere der Mutter zum Kind, es zuvörderst den Eltern zur Aufgabe macht, nach Kräften für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die dazu geeignete außereheliche Mutter stellt sich also als die Ausübung eines natürlichen Rechtes ganz im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG dar.

¹⁾ So die regierungsamtliche Begründung, siehe oben S. 78 Fußn. 4).

²⁾ Ob und gegebenenfalls inwieweit auch der außereheliche Vater an der elterlichen Gewalt zu beteiligen wäre, kann hier unerörtert bleiben.

Infolgedessen kann eine wesensmäßige Gleichheit der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter und der der ehelichen Eltern festgestellt werden. Es ist kein einleuchtender Grund mehr ersichtlich, die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter in grundrechtlicher Beziehung anders zu behandeln als die der ehelichen Eltern.

Diese Feststellung, daß die außereheliche Mutter, der vom Vormundschaftsgericht die elterliche Gewalt übertragen wurde, Inhaberin des Elterngrundrechtes des Art. 6 Abs. 2 GG ist, dürfte sogar die Annahme zulassen, daß der außerehelichen Mutter schlechthin, also nicht erst nach Übertragung der elterlichen Gewalt, dieses Grundrecht zusteht. Sie ist eben nur im Interesse des Kindes in der Ausübung der elterlichen Gewalt auf das Recht und die Pflicht beschränkt, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1707 Abs. 1 S. 2 BGB), bis - nach Stellung des Antrags auf Übertragung der elterlichen Gewalt nach § 1707 Abs. 2 BGB - ihre Eignung zur Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einschließlich der rechtlichen Vertretung erwiesen ist. Diese vom Gesetzgeber im BGB statuierte Beschränkung kann als legitime Handhabung des staatlichen Wächteramts (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) über die Ausübung des Elternrechts im Interesse des Kindes angesehen werden.¹⁾

Die Anerkennung eines vollen, aber von vornherein in der Ausübung zunächst beschränkten Grundrechts ist auch keine einmalige Rechtsfigur. Das Grund-

¹⁾ Dazu noch näher unten S. 90 ff.

recht des Art. 12 Abs. 1 GG, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, ist dafür ein anschauliches Beispiel. Auch derjenige, der z.B. ein Handwerk ausüben will, aber noch nicht die dafür gesetzlich geforderte, verfassungsrechtlich unbedenkliche Prüfung abgelegt hat, ist an sich Vollinhaber des Grundrechts, den gewählten Beruf auch praktisch zu ergreifen. An der Ausübung dieses Rechts ist er aber solange gehindert, bis er die Prüfung abgelegt hat. - Ähnlich verhält es sich bei der außerehelichen Mutter in Bezug auf das volle Elternrecht. Solange sie die Voraussetzungen für die Übertragung der elterlichen Gewalt nicht erfüllt, ist sie zwar in der Ausübung des Elternrechts beschränkt, aber gleichwohl Vollinhaberin des Elterngrundrechts des Art. 6 Abs. 2 GG.

Die Annahme, daß die Rechtsstellung der außerehelichen Mutter schlechthin durch die Neuregelung des § 1707 Abs. 2 BGB gestärkt worden ist, wird auch durch eine weitere Überlegung bestätigt. Aus der Formulierung des § 1707 Abs. 2 BGB dürfte nämlich zu ersehen sein, daß die außereheliche Mutter einen Rechtsanspruch auf Übertragung der elterlichen Gewalt hat, wenn sie die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1707 Abs. 2 S. 1 BGB erfüllt.¹⁾ Es ist kein

¹⁾ Einen Rechtsanspruch bejahen Gernhuber, Familienrecht, S. 623 f., AG Peine FamRZ 1963, 305 f., Schlosser FamRZ 1963, 623 Fußn. 251; nicht so weitgehend: Göppinger FamRZ 1961, 516 ff. und Lindacher FamRZ 1964, 278; diese Autoren bejahen eine gerichtliche Entscheidungsbefugnis, von der Gebrauch gemacht werden müsse, wenn die sachlichen Voraussetzungen für die im Gesetz vorgesehene Anordnung vorliegen; vgl. auch LG Hagen ZBLJugR 1965, 138. - A.A.: h.M., z.B. Dölle Bd. II S. 387; Dunz NJW 1961, 2137; Maßfeller StAZ 1961, 249; Palandt-Lauterbach § 1707 Anm. 3; Beitzke, Familienrecht, § 33 I 4; BayObLG 1963, 116 = FamRZ 1963, 306 = MDR 1963, 681 = NJW 1963, 1359 = ZBLJugR 1963, 257; OLG Stuttgart FamRZ 1963, 303 und 525; OLG Hamm FamRZ 1963, 302 = ZBLJugR 1963, 209; LG Augsburg ZBLJugR 1963, 28.

hinreichender Grund ersichtlich, daß bei Vorliegen der Eignung zur Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes es im Ermessen des Vormundschaftsgerichts liegen soll, ob es die elterliche Gewalt überträgt oder nicht. Das Wörtchen "kann" in § 1707 Abs. 2 S. 1 BGB darf nicht isoliert als Einräumung eines Handlungsermessens verstanden werden. Welches Bedürfnis könnte schon geltend gemacht werden, um einer zur Ausübung der elterlichen Gewalt geeigneten außerehelichen Mutter trotzdem die Übertragung der elterlichen Gewalt ganz oder teilweise zu versagen?!

Die Übertragungsentscheidung des Vormundschaftsgerichts dürfte allein davon abhängig sein, daß Gründe der Ungeeignetheit, die in der Person der außerehelichen Mutter liegen oder von vornherein als in der Person der außerehelichen Mutter liegend vermutet werden, behoben sind. Das Merkmal der Eignung für die Ausübung der elterlichen Gewalt kann der Vorschrift des § 1707 Abs. 2 S. 1 BGB als Tatbestandsmerkmal ergänzend hinzugefügt werden. Erfüllt die außereheliche Mutter die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1707 Abs. 2 S. 1 BGB, erweist sie sich also als geeignet, so ist nicht einzusehen, daß dann noch das Vormundschaftsgericht die Freiheit haben sollte, die elterliche Gewalt zu übertragen oder nicht. Denn wenn festgestellt ist, daß die außereheliche Mutter sich zur Sorge für die Person und das Vermögen ihres Kindes eignet, d.h. sie die elterlichen Belange, die ihr bisher noch nicht übertragen waren, wahrnehmen kann und will, dann muß

die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter den Vorrang vor staatlicher Verwaltung durch eine dritte Person (Vormund) haben.¹⁾ Diese Vorrangstellung ergibt sich nicht zuletzt daraus, daß die außereheliche Mutter seither schon das Recht und die Pflicht zur Sorge für die Person ihres Kindes in tatsächlicher

1) Vgl. Gernhuber, Familienrecht, S. 624. - Die Gerichte übertragen die elterliche Gewalt nur, wenn der Akt dem Wohl des Kindes entspricht (vgl. OLG Hamm in FamRZ 1963, 302; OLG Stuttgart in FamRZ 1963, 303 und 525; BayObLG in FamRZ 1963, 306). Der Akt entspricht dem Wohl des Kindes nur dann, wenn die Mutter zur Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes geeignet ist. Die Eignung ist also das Korrelat zu dem Begriff "dem Wohl des Kindes entsprechen". Gernhuber (Familienrecht S. 623 f.) macht im Grunde keine andere Aussage, wenn er die Übertragung "schon dann" fordert, wenn das Wohl des Kindes durch die Beendigung der Vormundschaft nicht gefährdet wird. Denn "nicht gefährden" bedeutet nichts anderes als "dem Wohl des Kindes entsprechen". Denn was heißt "nicht gefährden"? Nur solange das Kind angemessen geistig, seelisch und körperlich versorgt wird, kann man von "nicht gefährden" sprechen. Solange aber das der Fall ist, wird dem Wohl des Kindes entsprochen.

Zur Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1707 Abs. 2 S. 1 BGB dürfte dem Vormundschaftsgericht kein Ermessen, besser: Beurteilungsspielraum, gegeben sein. Die Tatbestandsvoraussetzungen können nämlich nach objektiven Maßstäben und Erfahrungssätzen beurteilt werden; eine besondere Sachkunde ist nicht erforderlich. Es handelt sich bei der Eignung also um einen unbestimmten Rechtsbegriff.

Hinsicht (also ohne die Vertretungsmacht) innehat; es liegt auch im Interesse des Kindes, daß, wenn seine Mutter geeignet ist, die elterliche Gewalt seiner Mutter und nicht einer vom Staat bestellten dritten Person zusteht.¹⁾

Gleicher Schutz für das außerehelich
geborene Kind.

Rechtfertigen die bisherigen Überlegungen zum hypothetischen Willen des Gesetzgebers schon die Annahme, daß die außereheliche Mutter vom Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG umfaßt werden soll, so wird dieses Ergebnis durch die folgende Überlegung noch bestätigt.

Die Ausgestaltung des Elternrechts in Art. 6 Abs. 2 GG als Grundrecht soll nicht allein die Rechtsstellung der Eltern gegenüber dem Staat nachdrücklich stärken, sondern auch mittelbar diejenigen, um deretwillen das Elternrecht besteht, nämlich die Kinder, vor Staatseingriffen in ihre Erziehung höchstmöglich schützen; die Sorge für die Person und das Vermögen der Kinder soll durch Art. 6 Abs. 2 GG den leiblichen Eltern solange vorbehalten bleiben, als nicht eine Gefährdung oder gar

¹⁾ Das LG Mannheim, FamRZ 1964, 92 f., hat entschieden, es liege grundsätzlich im Interesse des Kindes, daß die elterliche Gewalt den Eltern und nicht einem Dritten zusteht. - Nichts anderes kann für das außereheliche Kind gelten: Es liegt grundsätzlich in seinem Interesse, daß die elterliche Gewalt seiner Mutter und nicht einer vom Staat bestellten Person zusteht. Diese Aussage liegt auch dem Beschluß des AG Berlin-Schöneberg vom 5. 7. 1965 zugrunde (abgedruckt in FamRZ 1966, 452 f., 453).

Schädigung des leiblichen, geistigen oder seelischen Wohls durch die Eltern behördliche Eingriffe im Interesse des Kindes erforderlich macht.

Weshalb etwa das außereheliche Kind diesen Schutz entbehren müßte, ist nicht hinreichend ersichtlich. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß gerade der Staat es ist, der die gedeihliche Entwicklung des außerehelichen Kindes soweit als möglich gewährleistet. Diese Gewährleistung kann allenfalls solange gelten, als die von vornherein bei außerehelichen Kindern zu vermutende typische Gefährdungssituation vorhanden ist.¹⁾ Es wird mit guten Gründen so gehandhabt, daß im Interesse des außerehelichen Kindes die Ausübung der elterlichen

¹⁾ Vgl. dazu Knöpfel in FamRZ 1966, 273 f.: Die Lage der außerehelichen Mutter ist erheblich schwieriger als die einer ehelichen Mutter. Vielfach ist ihr eigener Unterhalt nicht gesichert, so daß sie ihn selbst verdienen muß. Dazu kommt, daß der Vater häufig seine Vaterschaft bestreitet oder sich seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind entzieht. Oft ist die Mutter enttäuscht oder gar verzweifelt oder empfindet Haß gegen den Vater. Nicht selten nimmt die Umwelt, mitunter sogar die eigene Familie, eine verständnislose oder gar ablehnende Haltung ein. Nicht in allen Fällen gelingt es der Mutter, eine bejahende Einstellung zum Kind, das sie in der Regel nicht gewollt hat, zu finden. Hieraus ergeben sich besondere Schwierigkeiten bei der Unterbringung des Kindes. Dem Kind fehlt vielfach ein gesichertes Zuhause, die Geborgenheit einer vollständigen Familie. Viele Kinder wachsen längere Zeit oder gar dauernd in wechselnden Pflegestellen oder in einem Heim auf.

Gewalt der außerehelichen Mutter von Anfang an eingeschränkt ist. Der außereheliche Tatbestand birgt für das Kind erfahrungsgemäß noch grundsätzlich eine von vornherein zu vermutende Unsicherheit, ob die Mutter den Interessen des Kindes wirklich genügen könne. Es ist aus diesem Grund geboten, das Kind solange unter Amtsvormundschaft zu stellen, als die Eignung der Mutter zur Ausübung der vollen elterlichen Gewalt noch nicht gewährleistet erscheint¹⁾ (und die Mutter noch keinen Antrag nach § 1707 Abs. 2 BGB gestellt hat). Sobald das aber der Fall ist, besteht kein Bedürfnis mehr für die im Vergleich zu ehelichen Kindern gesteigerte Einflußnahme des Staates. Alsdann hat das außereheliche Kind das gleiche Interesse an Freiheit von staatlicher Einwirkung wie das eheliche Kind.

Nach diesen Überlegungen ist kein sachlich einleuchtender Grund mehr ersichtlich, weshalb das außerehelich geborene Kind diesen besonderen (mittelbaren) Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG entbehren müßte.

¹⁾ Der vom Bundesjustizministerium 1966 herausgegebene Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder sieht ebenfalls davon ab, die außereheliche Mutter der Mutter eines ehelichen Kindes gleichzustellen, ihr also bereits kraft Gesetzes die volle elterliche Gewalt zu übertragen. Knöpfel a.a.O. S. 274 f. führt dazu aus, der Schutz des außerehelichen Kindes gebiete im Regelfall nach wie vor eine Beschränkung der Rechte der außerehelichen Mutter, und zwar nicht etwa deshalb, weil die außereheliche Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt weniger tauglich wäre als die eheliche - dies wäre in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend -, sondern weil sich Mutter und Kind in einer besonders schwierigen Lage befinden. Vgl. oben S. 91 Fußn. 1).

dd) Ergebnis des Rechtsfindungsversuchs.

Im Lichte der Vorschrift des § 1707 Abs. 2 BGB ist es heute unmöglich, eine gegenüber dem Elternrecht ehelicher Eltern rechtlich verschiedene Qualifikation des Elternrechts der außerehelichen Mutter aufrechtzuerhalten. Zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes war diese unterschiedliche Qualifikation mangels einer gesetzlich vorgesehenen Gleichstellungsmöglichkeit der außerehelichen Mutter verständlich. Nunmehr kann auf Grund der Regelung des § 1707 Abs. 2 BGB in Gemeinschaft mit der ganz überwiegend herrschenden Meinung davon ausgegangen werden, daß im Sinne des Gesetzgebers die außereheliche Mutter dem Elternrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG untersteht, sie also Inhaberin des Elterngrundrechts ist. Das Elternrecht als Grundrecht hat seine konkrete Ausgestaltung - wenn auch nicht abschließend - in der elterlichen Gewalt des BGB gefunden. In der Ausübung des elterlichen Grundrechts ist die Mutter des außerehelichen Kindes im Interesse des Kindes solange auf das Recht und die Pflicht zur tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes (§ 1707 Abs. 1 S. 2 BGB) beschränkt, als ihr die elterliche Gewalt noch nicht in vollem Umfang übertragen ist.¹⁾

¹⁾ § 1707 Abs. 1 S. 1 BGB besagt, daß der außerehelichen Mutter die elterliche Gewalt nicht zusteht. - Diese Vorschrift ist bei verfassungskonformer Auslegung so zu verstehen, daß der außerehelichen Mutter nicht von vornherein die volle Ausübung der elterlichen Gewalt zusteht.

Das Ergebnis des Rechtsfindungsversuchs ist also, daß entgegen der ursprünglichen rechtspolitischen Zielsetzung der Gesetzgeber heute die außereheliche Mutter als von Art. 6 Abs. 2 GG umfaßt betrachtet und damit auch ihre elterliche Gewalt grundrechtlich schützt.

4. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1696 BGB gemessen am Bestimmtheitserfordernis.

Nachdem nunmehr festgestellt ist, daß die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter grundrechtlichen Charakter hat, greift für sie auch das oben näher dargestellte Gebot normativer Bestimmtheit des staatlichen Eingriffsmittels ein,¹⁾ das verhindern soll, daß die elterliche Gewalt staatlicher Totaldisposition anheimgestellt wird.

Für die Verfassungsmäßigkeit des § 1696 BGB ist danach unter rechtsstaatlichem Aspekt entscheidend, ob die Änderungsentscheidung des Vormundschaftsgerichts hinreichend klar umschrieben ist, ob das Vormundschaftsgericht zu Eingriffen nach seinem Ermessen ermächtigt wird, oder ob es ermächtigt wird, nach seinem Ermessen von gesetzlich genau umgrenzten Eingriffen Gebrauch zu machen.²⁾

¹⁾ Siehe oben S. 15 ff.

²⁾ Hier wird, dem Titel der Arbeit entsprechend, nur untersucht, ob § 1696 BGB die Grundlage belastender Änderungsentscheidungen sein kann, nicht aber auch, ob entlastende Änderungsentscheidungen (z.B. Aufhebung einer Anordnung gemäß § 1666 BGB) in § 1696 BGB ihre verfassungsmäßige Stütze finden.

Als Voraussetzung der Änderungsentscheidung bestimmt § 1696 BGB, daß das Vormundschaftsgericht eine Änderung der getroffenen Anordnung "im Interesse des Kindes für angezeigt hält". Die Feststellung der vorhandenen oder nichtvorhandenen Bestimmtheit richtet sich nach der Qualität der Antwort auf die Frage: Was versteht man unter "im Interesse des Kindes" "angezeigt"? Offensichtlich ist diese Antwort nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut ersichtlich. Diese Begriffe bedürfen zur Klärung ihres Sinnes und Zweckes der Auslegung.

a) Der Begriff "Interesse des Kindes".

Der Begriff "Interesse des Kindes" ist ein Tatbestandsmerkmal, das im Gesetz nicht näher definiert ist. Auch in Literatur und Rechtsprechung finden sich keine genauen Abgrenzungen. Der Annahme dürfte nichts entgegenstehen, daß "im Interesse des Kindes" mit dem anderorts verwendeten Begriff "Wohl des Kindes" (z.B. in §§ 1666 Abs. 1, 1671, 1672 BGB) gleichzusetzen ist.¹⁾ Allerdings fehlt auch letzterem Begriff eine konkrete Abgrenzung. Eigentlich handelt es sich bei dem, was diese Begriffe zu umschreiben versuchen, um ein ganz selbstverständliches Prinzip, unter dem - ob ausdrücklich genannt oder nicht - jede Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bei der Erziehung oder einer sonstigen Einflußnahme auf das Schicksal des Kindes steht.²⁾ Ganz allgemein wird unter Wohl oder Interesse

¹⁾ Vgl. auch Staudinger-Göppinger Vorbem. vor § 1666 Rdnr. 8.

²⁾ Vgl. Lücken S. 176; Staudinger-Göppinger a.a.O.

des Kindes, wie auch schon aus den §§ 1666, 1667 und 1671 Abs. 4 S. 2 BGB zu entnehmen ist, das geistige und leibliche Wohl und das Wohl in vermögensrechtlicher Hinsicht verstanden werden müssen.¹⁾ Der Begriff Wohl oder Interesse enthält ein deskriptives Element, insofern er die gegenwärtige Lage des Kindes ins Auge faßt, und einen prognostischen Bestandteil, sofern er auf günstige Entwicklungsbedingungen hinweist.²⁾ Darüberhinaus scheint aber eine genauere Bestimmung dieses Begriffes als Tatbestandsmerkmal nicht möglich zu sein. Er ist und bleibt in besonderem Maße ausfüllungsbedürftig, um eine der Eigenart des Einzelfalles angepaßte Entscheidung zu ermöglichen - unter Berücksichtigung aller gegenwärtigen und zukünftigen Umstände des Einzelfalles und deren Bewertung.

b) Der Begriff "angezeigt".

Der Begriff "angezeigt" wurde dagegen in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend geklärt. - § 1696 BGB trat in allgemeiner Gestalt an die Stelle des § 1671 BGB a.F., der seinerseits den § 74 Abs. 6 EheG 1946 ersetzte. Die beiden letzteren Regelungen nannten gegenüber dem § 81 Abs. 5 EheG 1938 für eine Änderungsentscheidung die schon allein durch die Formulierung sinnfällig leichtere Voraussetzung, daß das Vormundschaftsgericht eine solche Änderung für angezeigt hält, wohingegen der § 81 Abs. 5 EheG 1938 noch bestimmte, daß eine Änderung "erforderlich" sei.

¹⁾ Vgl. auch § 5 BGB: "das Beste des Minderjährigen" und dazu KG in FamRZ 1960, 500 ff.

²⁾ Lücken a.a.O.

Erman-Ronke formuliert es ausdrücklich: Angezeigt sei weniger, als wenn die Änderung erforderlich sein müßte.¹⁾ Auch das KG ist der Auffassung, eine Änderung nach § 1696 BGB bedinge nicht, daß das Wohl des Kindes die Änderung erfordere, daß eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes zu besorgen sei; nicht einmal eine objektive Schädigung des Wohls des Kindes werde vorausgesetzt.²⁾

In der Regel dürfte es genügen, wenn die Voraussetzungen der früheren Anordnung weggefallen sind,³⁾ eine Änderung der früheren Entscheidung für das Kind bloß vorteilhafter wäre.⁴⁾ Allerdings ist nach einhelliger Meinung keine beliebige Wiederaufrollung der früheren Entscheidung möglich; es müssen triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorliegen.⁵⁾

Nur vereinzelt findet man eine andere Deutung des Begriffes "angezeigt", wie z.B. in der regierungsamtlichen

1) § 1696 Anm. 2 b.

2) FamRZ 1959, 253 (254); JFG 22, 5; vgl. auch KG in FamRZ 1958, 423 = KG EJF A I f Nr. 11.

3) So z.B. auch Erman-Ronke § 1696 Anm. 2 b; Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1; so auch schon Staudinger-Engelmann § 1671 Anm. 1.

4) Vgl. ähnlich auch Lücken S. 176.

5) Vgl. z.B. KG in FamRZ 1958, 423 = KG EJF A I f Nr. 11; KG in FamRZ 1959, 253 (254); OLG Karlsruhe in FamRZ 1959, 258; BayObLG in FamRZ 1962, 34 und 165 (166); Palandt-Lauterbach § 1696 Anm. 1; RGRK-Scheffler § 1696 Anm. 3; Dölle Bd. II S. 389.

Begründung zu § 1707 Abs. 2 BGB ¹⁾ und der daran anschließenden Entscheidung des AG München vom 22. 1. 1965, ²⁾ wo anscheinend "angezeigt" mit "erforderlich" gleichgesetzt wird, wenn es heißt, die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die außer-eheliche Mutter könne rückgängig gemacht werden, wenn es das Wohl des Kindes erfordere. Eine solche Auslegung des § 1696 BGB ist aber ohne weiteres, d.h. ohne Heranziehung anderer Vorschriften zur Ausfüllung des § 1696 BGB, nicht möglich. Nach dem klaren Wortlaut muß, wie es auch die überwiegend herrschende Meinung vertritt, der bloße Begriff "angezeigt" als eine weniger schwere Voraussetzung angesehen werden als der Begriff "erforderlich".

Für einige spezifische Änderungsentscheidungen ist der Begriff "angezeigt" ausdrücklich dahingehend modifiziert worden, daß er den Charakter von "erforderlich" erhält. Dies geschah aus der Einsicht heraus, daß Entscheidungen, die der Gesetzgeber an anderen Stellen des Gesetzes gefällt hat, bei Änderungsentscheidungen nicht unbeachtet bleiben können. So wird z.B. von der ganz überwiegenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung gefordert, daß die Voraussetzungen des § 1671 Abs. 2 oder Abs. 5 S. 2 BGB erfüllt sein müssen, wenn das Vormundschaftsgericht eine

1) Siehe oben S. 14 Fußn. 1).

2) FamRZ 1965, 230.

dahingehende Sorgerechtsänderung vornehmen will;¹⁾ ebenso müssen die Voraussetzungen des § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB bei einer entsprechenden Änderungsentscheidung des Vormundschaftsgerichts gegeben sein.²⁾ Der bloße § 1696 BGB statuiert insofern nur das Maß der zu erfüllenden allgemeinen Voraussetzungen, wohingegen die besonderen Voraussetzungen anderen Regelungen entnommen werden.³⁾

c) Unbestimmte Rechtsbegriffe.

Wie man sieht, werden im Rahmen des § 1696 BGB jeweils ausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale zu prüfen sein, deren jedes einzelne sich nicht näher umschreiben zu lassen scheint, wenn man den Eigentümlichkeiten jedes Einzelfalles gerecht werden will. Dennoch dürfte damit aus den nachstehend angeführten Gründen der rechtsstaatlichen Forderung nach Bestimmtheit genügt und es nicht dem unüberprüfbaren Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen sein, zu bestimmen, wann die Voraussetzungen für einen Eingriff im Sinne des § 1696 BGB vorliegen.

¹⁾ Schwoerer in FamRZ 1958, 65 FuBn., 88 ff., 440; FamRZ 1959, 258; OLG Karlsruhe (Freiburg) in FamRZ 1959, 258; KG in FamRZ 1958, 256 (257); OLG Neustadt in FamRZ 1963, 300; LG Mannheim in FamRZ 1964, 93; RGRK § 1696 Anm. 1; Dölle Bd. II S. 388 f. Der Ansicht von Hildeg. Krüger in Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Rdnr. 20 - 23, wonach die Vorschrift des § 1671 Abs. 5 BGB nur für die erste Sorgerechtsregelung gelte, ist Schwoerer mit zutreffenden Ausführungen in FamRZ 1958, 440 entgegengetreten.

²⁾ Schwoerer in FamRZ 1959, 258; OLG Karlsruhe in FamRZ 1959, 258 f. mit weiteren Nachweisen.

³⁾ So ähnlich KG in FamRZ 1959, 256 (257) und Schwoerer in FamRZ 1959, 257 f.

Ein wesentliches Moment, das die Bestimmtheit einer Norm anzeigt, ist die Möglichkeit wirksamer gerichtlicher Kontrolle . Für Rechtssätze des Verwaltungsrechts besagt die wohl überwiegend herrschende Meinung, daß es auf der Tatbestandsseite eines Rechtssatzes keine (gerichtlich unüberprüfbaren) Ermessensbegriffe geben darf, sondern lediglich auf der Rechtsfolgeseite.¹⁾ Das eigentliche Ermessen (d.h. die Möglichkeit, zwischen mehreren Entscheidungen wählen zu können, wobei jede Entscheidung für sich betrachtet immer rechtmäßig ist) kann es danach nur bei der Rechtsfolgeseite geben, während die Tatbestandsseite, insbesondere bei Eingriffsermächtigungen, nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und damit begrenzt sein muß,²⁾ damit das überprüfende Gericht die Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen durch die entscheidende Stelle genau kontrollieren kann. Sofern der Gesetzgeber die Tatbestandsvoraussetzungen nur allgemein umschrieben hat, kann es sich dabei rechtmäßig nur um unbestimmte Rechtsbegriffe handeln. Von einem unbestimmten Rechtsbegriff spricht man, wenn das Gericht in der Lage ist, den Begriff nach durchschnittlicher sozialer, wirtschaftlicher oder technischer Anschauung mit einem hinreichend bestimmten Rechtsgehalt zu füllen und ihm damit den dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Inhalt zu geben.³⁾

1) Vgl. BayVGH in Verw.Rspr. Band 7 Nr. 220 S. 965 f.; Eyermann-Fröhler § 114 Rdnr. 10; Redeker-v.Oertzen § 114 Anm. 4 m. w. N.

2) Vgl. BVerfGE 8, 274, 325; Menger in VerwArch 60, 69 - 71.

3) BVerwGE 2, 313 f.; vgl. weiterhin zum unbestimmten Rechtsbegriff Eyermann-Fröhler § 114 Rdnr. 11 m. w. N.

Diese Grundsätze dürften auch für das Familienrecht in den Fällen gelten, in denen von Seiten des Vormundschaftsgerichts (hoheitliche) Eingriffe in die Rechtssphäre der Eltern und des Kindes möglich sind. Denn hier ist die Interessenlage nicht anders als im Verwaltungsrecht im Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltungsbehörde. Der Bürger (hier: Vater, Mutter, Kind) hat gegenüber der öffentlichen Hand ein Interesse daran, vor ungerechtfertigten Eingriffen in seine Freiheit weitestgehend geschützt zu sein.

Die Tatsache, daß hier ein Richter die eingreifende Stelle der öffentlichen Hand ist, macht die Bestimmbarkeit und damit die ungehinderte Möglichkeit voller gerichtlicher Überprüfung der die Tatbestandsvoraussetzungen beschreibenden Begriffe nicht entbehrlich. Denn auch für die rechtsprechende Gewalt (als eine der drei Formen staatlicher Gewalt) kann hinsichtlich des Bestimmtheitserfordernisses nichts anderes gelten als für die Verwaltung (die ausübende Gewalt). Das wird besonders deutlich in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen sich dieses mit der Bestimmtheit tatbestandlicher Normierungen des Straf- und Strafprozeßrechts auseinanderzusetzen hatte.¹

Daß die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einer den rechtsstaatlichen Erfordernissen genügenden Bestimmtheit grundsätzlich nicht entgegensteht, wurde

¹) BVerfGE 4, 352 (357 f.); 11, 234 (237); 14, 245 (251); 16, 194 (200).

vom BVerfG in den obengenannten Entscheidungen festgestellt.¹⁾ So heißt es in BVerfGE 11, 237²⁾ - ähnlich wie bereits schon in BVerfGE 4, 357 f.³⁾ - , auch das Strafrecht könne nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig allgemeingültig umschrieben werden können, und die an die Auslegung des Richters besondere Anforderungen stellen. Ohne die Verwendung solcher flüssigen Begriffe wäre der Gesetzgeber nicht in der Lage, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden. Sie seien unentbehrlich, und ihre Verwendung sei in gewissen Grenzen legitim. In BVerfGE 16, 200 f. wird ausgeführt, daß die Unbestimmtheit einer Norm⁴⁾ noch nicht zu deren Ungültigkeit führe. Daß der Gehalt einer unvollkommen gefaßten Norm erst durch Auslegung unter Berücksichtigung ihres Zwecks - jetzt auch unter Beachtung der Wertmaßstäbe des GG - erschlossen werden müsse, sei nichts Ungewöhnliches.

Zu den in BVerfGE 11, 237 angeführten "gewissen legitimen Grenzen", innerhalb deren die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe erfolgen dürfe, macht das BVerfG im 14. Band S. 251 etwas nähere Ausführungen: Der Gesetzgeber müsse die Strafbarkeitsvoraussetzungen

1) Siehe oben S. 101 Fußn. 1).

2) Es ging um die Bestimmtheit der §§ 6 Abs. 1, 5 Abs. 2, 21 Abs. 1 GJS.

3) Hier wurde der Begriff "im politischen Leben des Volkes stehend" (§ 187 a StGB) auf seine Bestimmtheit untersucht.

4) § 81 a StPO stand hier zur Untersuchung.

umso präziser bestimmen, je schwerer die angedrohte Strafe sei. Das Gebot der Bestimmtheit dürfe allerdings nicht übersteigert werden; die Gesetze würden sonst zu starr und kasuistisch und könnten dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalles nicht mehr gerecht werden. Diese Gefahr läge nahe, wenn der Gesetzgeber stets jeden Straftatbestand bis ins letzte ausführen müßte, anstatt sich auf die wesentlichen für die Dauer gedachten Bestimmungen über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe zu beschränken.

So hatte auch das BVerfG an der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe als Rechtsgrundlagen für Eingriffe in das Elternrecht nichts auszusetzen.¹⁾

Nach diesen Erörterungen kann festgestellt werden, daß auch an die Eingriffsermächtigung des § 1696 BGB der Maßstab anzulegen ist, der für Ermächtigungsnormen des Verwaltungsrechts gilt. Danach kann es sich bei den die Tatbestandsseite des § 1696 BGB beschreibenden Begriffen (Änderung der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung "im Interesse des Kindes" "angezeigt") nur um der gerichtlichen Nachprüfung voll unterliegende unbestimmte Rechtsbegriffe handeln, während allenfalls auf der Rechtsfolgeseite ("Das Vormundschaftsgericht kann seine Anordnungen jederzeit ändern") dem

¹⁾ Vgl. BVerfGE 4, 52 ff. (58) = FamRZ 1954, 242 f. (243).

Vormundschaftsrichter ein (unüberprüfbares oder wenigstens nur auf die Einhaltung seiner Grenzen überprüfbares) Ermessen eingeräumt sein könnte.¹⁾ Ob also eine Änderungsentscheidung "im Interesse des Kindes" "angezeigt" ist, kann nach objektiven Maßstäben und Erfahrungssätzen festgestellt werden; eine besondere, spezifische, eine gerichtliche Nachprüfung ausschließende Sachkunde²⁾ ist dafür nicht erforderlich. Wie das KG und Staudinger-Göppinger³⁾ richtig bemerken, ist die auf der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs

1) Das dürfte allerdings sehr unwahrscheinlich sein. Denn es ist kaum anzunehmen, daß dem Vormundschaftsrichter, wenn er die Änderung seiner Anordnung im Interesse des Kindes für angezeigt hält, noch die Freiheit verbleiben soll, die Änderung vorzunehmen oder zu unterlassen. Ein sachlicher Grund für diese Wahlmöglichkeit ist nicht ersichtlich. Doch ist zu dieser Frage oben S. 87 ff. schon Stellung genommen worden.

2) Wie das z.B. bei schulischen Wertungen, Gesellenprüfungen und anderen auf eine spezifische Sachkunde abstellenden Entscheidungen der Fall ist. Dem Vormundschaftsgericht ist also auch kein Beurteilungsspielraum innerhalb des unbestimmten Rechtsbegriffs eingeräumt; zum Beurteilungsspielraum vgl. Eyermann-Fröhler § 114 Rdnr. 9; Redeker-v.Oertzen § 114 Anm. 8 - 12.

3) KG in FamRZ 1960, 500 f. und Staudinger-Göppinger § 1666 Rdnr. 29.

beruhende Entscheidung keine Ermessensentscheidung. Ob die einzelnen vom Tatrichter festgestellten tatsächlichen Umstände die rechtlichen Schlußfolgerungen zulassen, daß der als gesetzliches Tatbestandsmerkmal fungierende unbestimmte Rechtsbegriff erfüllt ist, stellt eine der Nachprüfung des Rechtsbeschwerdegerichts unterliegende Rechtsfrage dar (s. § 27 FGG).¹⁾

Obwohl nun also festgestellt werden kann, daß § 1696 BGB der rechtsstaatlichen Forderung nach Bestimmtheit genügt, ist damit aber noch keine endliche Aussage dahingehend gemacht, ob § 1696 BGB für die Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter anwendbar ist. Bisher wurde lediglich herausgefunden, daß § 1696 BGB auf keinen Fall schon

¹⁾ Die Frage, die bei Ermächtigungen der Exekutive, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, auftaucht, nämlich ob der Richter in allen Fällen bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in der Lage ist, den Auftrag zur eigenen Entscheidung voll durchzuführen und damit das Handeln der entscheidenden Stelle der Exekutive an der Ermächtigungsnorm zu messen, ist hier nicht bedeutsam. Bei § 1696 BGB liegt die Entscheidung immer beim Richter (ob nun beim Vormundschaftsgericht, beim Beschwerde- oder Rechtsbeschwerdegericht); das Gericht muß immer in der Lage sein, die Begriffe des § 1696 BGB auszufüllen, auch das Beschwerde- oder Rechtsbeschwerdegericht, um die Entscheidung des Vordergerichts daran zu messen. Vgl. zu der Frage des unbestimmten Rechtsbegriffs (nachprüfbar) und des Ermessensbegriffs (nicht nachprüfbar innerhalb der Grenzen des zugestandenen Ermessens): Jesch in AöR 82, 163 ff. (230 ff.) m.w.N.

im Hinblick auf die zu fordernde Bestimmtheit verfassungswidrig ist. Bei der Prüfung der Frage, ob der außerehelichen Mutter die elterliche Gewalt nach § 1696 BGB beschränkt oder entzogen werden kann, kommt es nun darauf an, ob die Voraussetzungen des § 1696 BGB für eine solche Änderungsentscheidung ausreichen, oder ob noch strengere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Dabei ist immer vor Augen zu halten, daß der außerehelichen Mutter mit der Beschränkung oder Entziehung genau dasselbe genommen wird wie der alleinstehenden ehelichen Mutter oder den ehelichen Eltern überhaupt.

5. Geringere Voraussetzungen des § 1696 BGB gegenüber den §§ 1666 ff. BGB für Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter gerechtfertigt?

Schon im Hinblick auf den gleichen grundrechtlichen Schutz, den außereheliche Mutter und eheliche Eltern genießen, erscheint es nicht gerechtfertigt, die Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt bei der außerehelichen Mutter bereits beim Vorliegen geringerer Voraussetzungen zuzulassen.

a) Die rechtliche Minderstellung der außerehelichen Mutter bei Anwendung des § 1696 BGB.

Wie oben festgestellt worden ist, bedarf es nach einhelliger Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung¹⁾

¹⁾ Siehe oben S. 96 ff.

für die Änderungsentscheidung nach § 1696 BGB nicht einer Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes oder einer Gefährdung seines Vermögens. Diese einen vormundschaftsgerichtlichen Eingriff erschwerenden Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB werden danach also nicht als selbstverständliche Voraussetzungen jeder in die elterliche Gewalt eingreifenden vormundschaftsgerichtlichen Maßnahme verstanden, und daher wird auch keine Notwendigkeit gesehen, diese Voraussetzungen in die weite Fassung des § 1696 BGB hineinzuinterpretieren. Dabei ist bemerkenswert, daß eine solche die Voraussetzungen des § 1696 BGB ergänzende Auslegung in manchen Fällen durchaus praktiziert wird.

So ist bei geschiedener Ehe die Möglichkeit einer Änderung der nach § 1671 BGB getroffenen Sorgerechtsregelung zwar unter den Voraussetzungen des § 1696 BGB zu prüfen, jedoch unter Beachtung des Rahmens der besonderen Vorschrift des § 1671,¹⁾

¹⁾ Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7; § 1696 Anm. 1; OLG Neustadt in FamRZ 1963, 300; KG in FamRZ 1959, 256; OLG Karlsruhe/Freiburg in FamRZ 1959, 258; LG Mannheim in FamRZ 1964, 93; Schwoerer in FamRZ 1958, 440 unter VI; Gernhuber, Familienrecht, § 56 VI 2. Wesentliche Argumentation der h.M.: Die gesamte Regelung des § 1671 BGB mit seinen verschiedenen Graden ("erforderlich", "schwerwiegende Gründe", "erforderlich zur Gefahrabwendung") würde nur zu einer vorläufigen, die durch das "Interesse des Kindes" im Sinne von § 1696 BGB bei dem nächsten Eingreifen des Vormundschaftsgerichts, dessen Zeitpunkt dieses bestimmen kann, eingeengt wäre. A.A.: Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 20 - 23, die § 1671 Abs. 5 BGB nur bei erster Regelung (später §§ 1666, 1669 usw.) für anwendbar halten.

insbesondere auch dessen Abs. 5,¹⁾ der bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht (nach Scheidung der Eltern) die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen kann, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das leibliche oder geistige Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden.²⁾

Bei der außerehelichen Mutter jedoch wird von Rechtsprechung und Literatur, die die Anwendung des § 1696 BGB für eine Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter als zulässig erachten, der Wortlaut des § 1696 BGB keineswegs einschränkend interpretiert. Das bloße Angezeigtsein im Interesse des Kindes genügt nach dieser Auffassung, der außerehelichen Mutter die elterliche Gewalt zu beschränken oder gar ganz zu entziehen.

Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles

¹⁾ KG a.a.O.; Palandt-Lauterbach a.a.O.

²⁾ Ganz abgesehen davon, daß die h.M. die Vorschrift des § 1671 Abs. 5 BGB in den Voraussetzungen für leichter erachtet als die §§ 1666 ff. BGB (vgl. z.B. KG JFG 20, 245; KG in FamRZ 1959, 257; Schwoerer in FamRZ 1958, 91; DStle Band II S. 388 f.), weil bei letzteren im Gegensatz zu § 1671 Abs. 5 BGB ein Verschulden nicht vorliegen müsse (vgl. zum Streitstand Staudinger-Göppinger § 1666 Rdnr. 194 ff. mit eingehender Würdigung), so wird doch mittels Heranziehung des § 1671 Abs. 5 BGB die Bestimmung des § 1696 BGB in ihrer Anwendung erheblich eingeengt.

des Kindes oder seines Vermögens werden auch nicht von denjenigen als Voraussetzungen einer Änderungsentscheidung nach § 1696 BGB gefordert, die die Begriffe "im Interesse des Kindes" "angezeigt" von vornherein mit "im Interesse des Kindes erforderlich" gleichsetzen.¹⁾

Nach dem Standpunkt der h.M. steht die außereheliche Mutter bei Beschränkung oder Entziehung ihrer elterlichen Gewalt rechtlich also schlechter als eheliche oder geschiedene Eltern. Denn unter geringeren Voraussetzungen als bei jenen kann bei ihr vom Vormundschaftsgericht in ihre elterliche Gewalt eingegriffen werden.

Ausschließlich von bürgerlichrechtlichen Normen her betrachtet steht einer Lösung des Problems nichts im Wege, einerseits ehelichen Eltern die elterliche Gewalt nach den §§ 1666 ff. BGB zu beschränken oder zu entziehen, andererseits aber bei der außerehelichen Mutter eine Beschränkung oder Entziehung allein nach § 1696 BGB vorzunehmen.²⁾

1) So die regierungsamtliche Begründung, s.o. S. 7 Fußn. 1), und der ihr folgende Beschluß AG München, s.o. S. 12 Fußn. 2).

2) Bis auf das Personensorgerecht der außerehelichen Mutter in tatsächlicher Hinsicht, das der außerehelichen Mutter nur nach § 1696 BGB entzogen werden kann (einheitliche Meinung).

Jedoch scheint die Annahme der Grundrechtsqualität des Elternrechts der außerehelichen Mutter die gleiche Behandlung wie die ehelicher Eltern erforderlich zu machen

- b) Anwendung der §§ 1666 ff. BGB durch Grundrechtsqualität der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter bedingt.

Dem grundrechtlich geschützten Elternrecht eignet wegen seiner Grundrechtseigenschaft eine so hohe Bestandsgarantie, daß staatliche Eingriffe mit der Maßgabe, die Ausübung des Elternrechts anderen Personen oder Instituten zu übertragen, nur zulässig sein dürften, wenn eine Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles oder des Vermögens des Kindes solche Maßnahmen gebietet.¹⁾ Bei Eingriffen in das grundrechtlich geschützte Elternrecht ist größte Zurückhaltung geboten. Es ist anerkannt, daß Staat und Gemeinde erst dann, wenn wirkliche, tiefgreifende und (oder) anhaltende Elternpflichtverletzungen vorkommen, mit Anordnungen eingreifen können, um die Pflichterfüllung sicherzustellen. Das Korrelat solcher Pflichtverletzung ist aber notwendigerweise die Gefährdung des Kindes. Denn bei diesen Pflichtverletzungen ist immer die Gefahr, d.h. die nahe Möglichkeit der Schädigung, vorhanden, daß das Kind sich nicht so entwickelt, wie es

¹⁾ Wie es sich bei vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen verhält, die die Ausübung der elterlichen Gewalt zwischen ehelichen, geschiedenen oder getrenntlebenden Eltern regeln, dazu siehe unten S. 117ff.

sich bei ordnungsgemäßer Erfüllung der elterlichen Pflichten entwickeln würde. Dann, aber auch erst dann, ist ein Eingreifen des Staates erlaubt und auch geboten.¹⁾ Das vom GG statuierte Subsidiaritätsprinzip verbietet es, in die Erziehung einzugreifen, wenn sie nicht oder nicht in allen Punkten wünschenswerten ethischen Idealen entspricht oder unzumutbar erscheint. Die Rechtsordnung kann nur die Gefährdung oder die Verletzung des Kindeswohles zu verhindern suchen.²⁾ Diesen Grundsätzen werden allein die Vorschriften der §§ 1666 ff. BGB, wie aus ihren Voraussetzungen zu ersehen ist, gerecht. § 1696 BGB genügt ersichtlich nicht den oben genannten Kautelen, die bei einer Beschneidung des grundrechtlich gesicherten Elternrechts beachtet werden müssen.

Nach den Prämissen rechtsstaatlicher Grundfreiheitsbeschränkung oder -entziehung ist es also erforderlich, daß der außerehelichen Mutter nur unter den Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB die übertragene elterliche Gewalt wieder beschränkt oder gar ganz entzogen werden kann.

6. Verfassungskonforme Auslegung des § 1696 BGB ?

Denkbar ist die Möglichkeit, im Wege der verfassungs-

¹⁾ Vgl. zu dem ganzen Absatz: RGKK § 1666 Anm. 1 a.B.; Peters S. 589 f.; Wernicke im Bonner Kommentar Erl. 2 d zu Art. 6; BVerfGE 10, 59 (83); ferner auch BVerfGE 7, 320 (323); 4, 52 (57); Hirsch S. 109 ff. und 123 ff.

²⁾ Vgl. Staudinger-Donau § 1631 Rdnr. 11.

konformen Auslegung¹⁾ die Anwendbarkeit des § 1696 BGB für die Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter zu erhalten, indem man die für eine Beschränkung oder Entziehung der Ausübung des Elterngrundrechts erforderlichen Voraussetzungen in § 1696 BGB hineininterpretiert. Einer solchen Auslegung bedarf es aber nicht angesichts der der Ausübungsbeschränkung oder-entziehung des Elterngrundrechts angemessenen Vorschriften der §§ 1666 ff. BGB. Es würde zu einer unsinnigen Hypertrophie gesetzlicher Regelung führen, wollte man die §§ 1666 ff. BGB zugunsten einer verfassungskonformen Anwendung des § 1696 BGB hier außer Acht lassen, wo sie doch ohne weiteres auf die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter anzuwenden sind.

¹⁾ Zur verfassungskonformen Auslegung siehe v.Mangoldt-Klein Einl. IV 8 (S. 11) m. w. N.

B. Überprüfung der Anwendbarkeit der §§ 1666 ff.
BGB auf die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter im Hinblick auf die Interessen
des Kindes.

Die Richtigkeit eines auf dem Wege der Auslegung oder Rechtsfindung gewonnenen Ergebnisses erweist sich nicht zuletzt an seiner Praktikabilität.¹⁾ Deshalb ist es angebracht, mit einigen Überlegungen zu prüfen, ob die hier geforderte Anwendung der §§ 1666 ff. BGB auf die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter dem außerehelichen Kind zum Vorteil oder wenigstens nicht zum Nachteil gereicht.

Wenn das außereheliche Kind in seinem leiblichen, geistigen oder seelischen Wohl oder in seinem Vermögen durch das Verhalten seiner Mutter gefährdet oder geschädigt wird, dann dürften die vom Vormundschaftsgericht einzuleitenden Maßnahmen nach §§ 1666 ff. BGB ausreichen, um die Kindesinteressen zu wahren. Daß darüberhinaus ein Bedürfnis besteht, die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter schon beim Vorliegen leichterer Voraussetzungen als der in §§ 1666 ff. BGB genannten einzuschränken oder zu entziehen, ist nicht mit hinreichenden Gründen erweisbar. Wenn das eheliche Kind durch die vormundschaftsgerichtlichen Möglichkeiten nach §§ 1666 ff. BGB genügend geschützt erscheint, dann kann nichts anderes für das außer-

¹⁾ Zur Zulässigkeit von Zweckmäßigkeitserwägungen vgl. Ossenbühl S. 660 m. w. N.

eheliche Kind gelten. Die Annahme, daß weniger schwerwiegende als die in §§ 1666 ff. BGB aufgeführten Voraussetzungen zu vormundschaftsgerichtlicher Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter ausreichen, hätte das seltsame Ergebnis zur Folge, daß bei einem gleichliegenden Tatbestand der Kindesinteressenbeeinträchtigung das außereheliche Kind z.B. durch vormundschaftsgerichtlich mögliche Beschränkung der elterlichen Gewalt "geschützt" werden könnte, wohingegen das eheliche Kind insoweit in seiner Interessenbeeinträchtigung verbleiben müßte, da ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten mangels vorliegender Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB nicht möglich wäre.

Bei einer gleichliegenden Interessenbeeinträchtigung für eine eheliches und ein außereheliches Kind kann das Interesse des außerehelichen Kindes an der Beseitigung des Zustandes nicht stärker bewertet werden als das des ehelichen Kindes. Hierbei wird nicht verkannt, daß ein konkret festgestellter, von der Mutter ausgehender gleicher Gefährdungszustand bei einem ehelichen und bei einem außerehelichen Kind meistens verschieden zu bewerten sein wird; z.B. wird, wenn die eheliche Mutter das geistige Wohl des Kindes vernachlässigt, ein Eingreifen des Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB in der Regel dann nicht erforderlich sein, wenn der eheliche Vater die von der Mutter ausgehende Besorgnis der Gefährdung durch seine Fürsorge um das Kind bannen oder doch wenigstens abschwächen kann, so daß das Interesse des Kindes voraussichtlich nicht oder doch

nicht erheblich beeinträchtigt wird. Anders bei der alleinstehenden außerehelichen Mutter. Da fehlt schon von vornherein das mögliche Regulativ des Vaters; von letzterem Fall unterscheidet sich jedoch nicht der Fall der alleinstehenden ehelichen Mutter.

Weiterhin dürfte in höchstmöglichem Umfang garantiert sein, daß das außereheliche Kind vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates in seine Erziehung und Pflege gesichert bleibt. Es kann nämlich nicht jedes von einem Vormundschaftsrichter mehr oder weniger sorgfältig angenommene "Interesse des Kindes" die Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt bewirken, sondern nur das Interesse, das unter den Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB beeinträchtigt ist. Dadurch, daß der Vormundschaftsrichter gehalten ist, die ausdrücklich genannten engen Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB für seine beabsichtigte Maßnahme sorgfältig zu überprüfen, wird dadurch höchstmöglich der Gefahr Einhalt geboten, daß in einer Pauschalbewertung "im Interesse des Kindes" die übertragene elterliche Gewalt beschränkt oder entzogen wird, wo dies bei einem ehelichen Kind im gleichen Zustand und damit ganz allgemein noch nicht erforderlich gewesen wäre.

Die Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB eignen sich also gleichermaßen zur Erfassung des ehelichen und des außerehelichen Tatbestandes und bieten gegenüber § 1696 BGB gerade durch die genaue Formulierung der Voraussetzungen für das außer-

eheliche Kind und seine Mutter die höhere Gewähr vor ungerechtfertigten Eingriffen in die elterliche Gewalt.

Es besteht also auch nach diesen Überlegungen keine sachlich einsehbare Notwendigkeit, der außerehelichen Mutter, wenn sie sich einmal als geeignet zur Ausübung der elterlichen Gewalt erwiesen und die elterliche Gewalt übertragen erhalten hat, die übertragene elterliche Gewalt unter anderen Voraussetzungen als denen der §§ 1666 ff. BGB zu beschränken oder ganz zu entziehen.

C. Vertretbarkeit der Anwendung des § 1696 BGB zur
nachteiligen Änderung einer nach §§ 1671, 1672
BGB getroffenen Sorgerechtsregelung ?

Der Ablehnung der Anwendung des § 1696 BGB für die Beschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter dürfte ferner nicht entgegenstehen, daß mit Hilfe des § 1696 BGB einem ehelichen Elternteil, dem nach § 1671 oder § 1672 BGB die elterliche Gewalt allein übertragen worden war, die Ausübung der elterlichen Gewalt zugunsten des anderen Elternteiles wieder beschränkt oder gar ganz entzogen und dem anderen Elternteil insoweit übertragen werden kann.

Hierbei handelt es sich nämlich nicht um Interessenkonflikte zwischen Eltern und Staat, die es erforderlich machen würden, zum Schutz der Freiheitssphäre der Eltern die Eingriffsmöglichkeiten des Staates nach Inhalt, Zweck und Ausmaß so eng als möglich zu fassen. Solange die Sorgerechtsänderung nach § 1671 oder § 1672 BGB allein eine Verteilung des Sorgerechts zwischen den Eltern regelt, kommt sie ja nicht einem Eingriff gleich, bei dem die Freiheit der Eltern zugunsten des Staates beeinträchtigt werden könnte und das Interesse des Kindes an der Freiheit von staatlicher Einwirkung auf dem Spiele steht. Solange für das Kind eine Erziehung durch seine leiblichen Eltern (wenn auch nur durch einen Elternteil) gewährleistet bleibt, besteht kein Bedürfnis, hier differenziertere Schranken als das "Interesse des Kindes" (§ 1696 BGB) für staatliches Einwirken

aufzurichten.¹⁾ Es ergibt sich nun einmal aus der Macht der der Regelung der §§ 1671, 1672 BGB zugrundeliegenden Umstände - das Kind kann nämlich nur einem Elternteil nahe sein - , daß bei Getrenntleben und nach Scheidung der Eltern am besten einem Elternteil allein die Sorge für das Kind obliegt.²⁾ Grundsätzlich kann also nur einer der beiden, wenn auch gleichermaßen zur Erziehung fähigen Elternteile die elterliche Gewalt ausüben, ohne daß der andere eine Beeinträchtigung seines Elternrechts mit Erfolg rügen könnte. Ebenso wenig kann derjenige Elternteil eine Beeinträchtigung seines Elternrechts mit Erfolg rügen, dem zunächst die Alleinausübung gemäß § 1671 oder § 1672 BGB übertragen war, dem aber infolge veränderter Umstände oder nachträglichen Bekanntwerdens ursprünglich schon vorhandener ungünstiger Umstände die Ausübung (ganz oder teilweise) zugunsten des anderen Elternteils genommen wurde.

Diese Regelung der Ausübung der elterlichen Gewalt und damit der teilweise oder völlige Ausschluß eines Elternteils von der Ausübung der elterlichen Gewalt läßt sich im Interesse des Kindes rechtfertigen. Jeweils der Elternteil, der die höchste Gewähr für eine den Interessen

1) Insofern ist auch den Ausführungen des BayObLG in FamRZ 1962, 166 zuzustimmen, in denen § 1696 BGB als mit Art. 6 Abs. 2 und 3 GG vereinbar angesehen wird.

2) Vgl. auch die gesetzliche Regelung des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB.

des Kindes am besten angemessenen Erziehung und Pflege bietet, soll die elterliche Gewalt ausüben können. Daß in den meisten Fällen diese Eignung nicht einfach negativ bestimmt werden kann, indem einem Elternteil ein in den Rahmen der §§ 1666, 1667 BGB fallendes Verhalten nachgewiesen werden kann, ist selbstverständlich. Der negative Maßstab der §§ 1666, 1667 BGB wäre zu grob und eine Entscheidung, welcher der beiden Elternteile für die Alleinausübung der elterlichen Gewalt in Frage komme, danach nur in wenigen Fällen möglich.

Für die Übertragung an einen Elternteil kann also in der Regel nicht eine Gefährdung des Wohles oder Vermögens des Kindes im Sinne der §§ 1666, 1667 BGB durch den anderen Elternteil angeführt werden, sondern sind viel feinere Kriterien entscheidend, die sich oft nur aus der Abwägung im Einzelfall ergeben und deswegen einer genaueren gesetzlichen Erfassung nicht zugänglich sind.

Aus dem Schrifttum und der Rechtsprechung ist nicht zu ersehen, daß gegenüber der hier vertretenen Ansicht, eine Änderung der nach § 1671 oder § 1672 BGB getroffenen Entscheidung sei ohne weiteres mit Hilfe des § 1696 BGB möglich, eine andere Auffassung geäußert worden ist.¹⁾

¹⁾ Vgl. Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7 und Anm. zu § 1696 mit weiteren Nachweisen; vgl. insbes. BayObLG in FamKZ 1962, 165 ff.

Anders allerdings ist die Frage der Änderungsentscheidung in dem Fall zu beurteilen, in dem nicht die elterliche Gewalt von dem einen auf den anderen Elternteil übertragen wird, sondern in dem im Wege der Änderungsentscheidung nunmehr ein Vormund oder Pfleger bestellt wird. Hier taucht wieder der Interessenkonflikt zwischen Eltern und Staat auf; wie ausgeführt, müssen die Eingriffsmöglichkeiten des Staates in das Elternrecht ganz genau umgrenzt werden. § 1696 BGB mit seiner weitgefaßten Formulierung ("im Interesse des Kindes") genügt nicht - oder jedenfalls nicht allein - den scharfen Anforderungen, wie sie gestellt werden müssen, um ungerechtfertigte Eingriffe in das Elternrecht weitgehend zu verhindern.

Nach h.M.¹⁾ muß bei einer solchen Änderungsentscheidung die Regelung des § 1671 Abs. 5 BGB berücksichtigt werden. In den § 1696 BGB werden dabei also die scharfen Anforderungen des § 1671 Abs. 5 BGB hineingezogen. § 1671 Abs. 5 BGB dürfte wohl mit Art. 6 GG zu vereinbaren sein; mit der Voraussetzung "Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes" sind ähnlich scharfe Anforderungen wie in § 1666 BGB gestellt. Wenn also § 1696 BGB mit § 1671 Abs. 5 BGB ausgefüllt wird, erscheint daran nichts zu bemängeln.

Lediglich Hildegard Krüger²⁾ vertritt die Ansicht,

¹⁾ Vgl. z.B. KG in FamRZ 1959, 256 f.; Schworer in FamRZ 1958, 433 ff., 440; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 7 und § 1696 Anm. 1.

²⁾ In Krüger-Breetzke-Nowak § 1671 Anm. 20.

daß für eine Änderung der ersten nach der Scheidung getroffenen Sorgerechtsregelung nur die §§ 1666 ff. BGB angewandt werden könnten.

Ob nun § 1696 BGB i.V.m. § 1671 Abs. 5 BGB oder allein die §§ 1666 ff. BGB die Rechtsgrundlage der Änderungsentscheidung sein sollen, braucht hier nicht näher erörtert zu werden. Für die Zwecke dieser Arbeit genügt die Feststellung, daß Änderungsentscheidungen mit dem Ziele, einen Vormund oder Pfleger zu bestellen, in Literatur und Rechtsprechung von höchstmöglich genauen Eingriffsvoraussetzungen abhängig gemacht werden und keineswegs § 1696 BGB als (alleinige) Rechtsgrundlage für die Änderungsentscheidungen zu der nach §§ 1671 oder 1672 BGB einmal schon getroffenen Sorgerechtsregelung betrachtet wird.

D. Elternrechtsbeschränkung ohne Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB bei Einwilligung der außerehelichen Mutter ?

In dem einen oder anderen Fall mag es vorkommen, daß eine außereheliche Mutter, der die elterliche Gewalt vom Vormundschaftsgericht übertragen worden war, bei der Sorge für die Person und das Vermögen ihres Kindes oder in einzelnen dieser Angelegenheiten vor solchen Schwierigkeiten steht, daß sie sich diesen allein nicht gewachsen fühlt und sich deshalb an das Vormundschaftsgericht wendet mit der Bitte, unter Beschränkung der ihr übertragenen elterlichen Gewalt wieder einen Vormund oder Pfleger für das Kind einzusetzen.

Es erhebt sich nun die Frage, ob der Vormundschaftsrichter diesem Verlangen ohne Prüfung der Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB nachkommen und im Wege des § 1696 BGB seine frühere Entscheidung, mittels deren er der betreffenden Mutter gemäß § 1707 Abs. 2 BGB die elterliche Gewalt übertragen hatte, (ganz oder teilweise) aufheben und einen Vormund oder Pfleger für das Kind bestellen kann, oder ob der Vormundschaftsrichter bei einer an sich zur Ausübung der elterlichen Gewalt geeigneten Mutter nur einen Beistand gemäß §§ 1685 ff. BGB bestellen kann.

Vom zivilrechtlichen Standpunkt aus ist zunächst einmal zu sagen, daß ein Inhaber der elterlichen Gewalt weder ganz noch teilweise auf die Ausübung seines Elternrechts verzichten kann. Das ist für

eheliche Eltern einhellig anerkannt; jeder Eltern-
teil hat nicht nur ein Recht, sondern ist zu sei-
ner Ausübung auch verpflichtet,¹⁾ wie § 1626 Abs.
2 BGB ja auch ausdrücklich betont. Auch für die
außereheliche Mutter dürfte diese Verpflichtung
und damit auch die Unverzichtbarkeit gelten, wie-
weit auch immer sie zur Ausübung ihres Eltern-
rechts berechtigt sein mag. Dabei spielt es auch
keine Rolle, daß der außerehelichen Mutter die
elterliche Gewalt nur auf Antrag übertragen wird.
Aus der bloßen Tatsache, daß ein Antrag zur Ein-
räumung der elterlichen Gewalt erforderlich ist,
kann nämlich nicht etwa in der Weise gefolgert
werden, daß, wenn die außereheliche Mutter die
Freiheit hat, diesen Antrag zu stellen, sie ent-
sprechend auch die Freiheit haben müßte, von der
ihr eingeräumten Rechtsstellung auch wieder zurück-
treten zu können. Denn ist erst einmal festge-
stellt, daß sie zur Ausübung der elterlichen Ge-
walt fähig ist, und ist ihr demzufolge auf ihren
Antrag hin die elterliche Gewalt auch übertragen
worden, so kann sie sich von deren Ausübung nicht
beliebig entbinden lassen; das Korrelat der Fähig-
keit, die elterliche Gewalt ausüben zu können,
ist eben die Pflicht, die elterlichen Belange
umfassend wahrzunehmen. Das Antragserfordernis
des § 1707 Abs. 2 BGB will ja auch keineswegs
etwas über die Freiheit der außerehelichen Mutter,
die elterliche Gewalt auszuüben oder es zu unter-

¹⁾ Vgl. RG in JW 1925, 2115; KG in FamRZ 1955,
295; Palandt-Lauterbach § 1626 Anm. 3.

lassen, bekunden, sondern zeigt lediglich an, daß der Antrag Vorbedingung ist für die Prüfung des Vormundschaftsgerichts, ob die außereheliche Mutter der Übertragung der elterlichen Gewalt würdig ist. Sicherlich kennzeichnet dieses Antragserfordernis auch mittelbar, daß man keine außereheliche Mutter zwingen will, die (Ausübung der) elterliche(n) Gewalt zu übernehmen (weil das letztlich doch nur dem Kind schaden könnte), indem man nicht von Gesetzes wegen angeordnet hat, alle außerehelichen Mütter auf ihre Eignung zu überprüfen, oder überhaupt der außerehelichen Mutter von vornherein die Ausübung der elterlichen Gewalt zuerkannt hat.

Will aber eine außereheliche Mutter die elterliche Gewalt ausüben, stellt sie den Antrag nach § 1707 Abs. 2 BGB und wird ihr die elterliche Gewalt auch übertragen, dann soll sie keine andersgeartete elterliche Gewalt als die der ehelichen Eltern erhalten. Die außereheliche Mutter übernimmt alsdann die elterliche Gewalt mit dem gleichen Pflichtcharakter und der gleichen Unverzichtbarkeit, wie das für eheliche Eltern gilt.

Vier Ausnahmen von der Unverzichtbarkeit der Ausübung des Elternrechts kennt das BGB: § 1690, § 1671 Abs. 2, § 1672 und § 1747. Dazu ist zu sagen, daß nur § 1690 und § 1747 (Übertragung der Vermögensverwaltung auf den Beistand und Einwilligung in die Adoption) auf die außereheliche Mutter angewandt werden können; die §§ 1671 Abs. 2, 1672 (Vereinbarung der Eltern über die elterliche Gewalt nach Scheidung bzw. bei dauerndem Getrennt-

leben) kommen für eine Anwendung bei der außerehelichen Mutter nicht in Frage. - Das Zivilrecht kennt sonst keinen Verzichtstatbestand für die elterliche Gewalt. Möglich ist lediglich, auf jederzeitigen Widerruf die Ausübung der elterlichen Gewalt Dritten (Verwandten, Trägern von Schulen und Internaten, Pflegeeltern) oder - bei ehelichen Eltern - dem anderen Elternteil zu überlassen.¹⁾

Ebensowenig wie das BGB für eheliche Eltern eine freiwillige Beschränkung der elterlichen Gewalt durch Bestellung eines Vormunds oder Pflegers vorgesehen hat, kann also die außereheliche Mutter, der die elterliche Gewalt übertragen ist, ein solches begehren. Das BGB kennt ein solches Verfahren nicht. Dem Wunsch der Eltern bzw. der außerehelichen Mutter auf Hilfe und Entlastung bei der Ausübung der elterlichen Gewalt - nicht aber dem Wunsch auf Entbindung von der Ausübung der elterlichen Gewalt - kann also nur über eine Beistandsbestellung (§§ 1685 ff. BGB) Rechnung getragen werden.

Vom Grundrechtscharakter der elterlichen Gewalt her gesehen würden einer freiwilligen Beschränkung durch Vormund- oder Pflegerbestellung keine Bedenken entgegenstehen, obwohl die Frage, ob freiwillig auf die Einhaltung der aus dem Grundrechtsschutz fließenden Sicherungen verzichtet werden kann, so daß ein gesetzlich an sich nicht vorgesehener Eingriff in die Grundrechtsausübung

¹⁾ Vgl. OLG München HRR 1936, 263; RG in JW 1935, 2896; Palandt-Lauterbach § 1626 Anm. 3.

ermöglicht wird,¹⁾ bedeutsam ist deswegen, weil die Gefahr besteht, daß die Einschränkung der Grundrechtsausübung auf eine Entziehung des Grundrechts hinausläuft und der Grundrechtsschutz auf diese Weise ausgehöhlt wird. Soweit die Ansicht vertreten wird, daß beim freiwilligen Eintritt in sogenannte besondere Gewaltverhältnisse²⁾ auf Grundrechtsausübungen verzichtet wird, wird angenommen, diese Grundrechtseinschränkungen seien auch bei Fehlen einer gesetzlichen Ausfüllung dadurch gerechtfertigt, daß die Einwilligung des freiwillig Eintretenden die grundsätzlich bei Grundrechtseinschränkung erforderliche Gesetzesform entbehrlich mache.³⁾ Damit jedoch die Einschränkung des Gebrauchs nicht im Ergebnis auf eine Entziehung hinauslaufe, müsse der Austritt aus dem Gewaltverhältnis jederzeit zulässig sein.⁴⁾ Die Wiedererlangung der vollen, ursprünglichen Freiheit soll also dem Betroffenen jederzeit nach seinem Belieben möglich sein.

Unter dieser Voraussetzung wäre also die freiwillige Beschränkung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter (wie übrigens auch der ehe-

1) Daß auf Grundrechte selbst nicht verzichtet werden kann, ist einhellige Meinung. Vgl. statt aller: v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XVI 5 m.w.N.

2) z.B. das Beamtenverhältnis, das freiwillig begründete Schulverhältnis (weiterbildende Schule), das Berufssoldatenverhältnis.

3) Herbert Krüger in DVBl 1950, 625 ff., 629, und im Anschluß daran v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XVI 5; Forsthoff S. 117.

4) Herbert Krüger und v.Mangoldt-Klein a.a.O.

lichen Eltern) durch Vormund- oder Pflegerbestellung verfassungsmäßig unbedenklich.

Eine solche freiwillige Beschränkung ist jedoch nicht Sache der Eltern allein. Damit die Beschränkung überhaupt eintreten kann, muß das Vormundschaftsgericht mitwirken und den Vormund oder Pfleger im Einzelfall bestellen. Diese Art einer freiwilligen Beschränkung der elterlichen Gewalt durch Vormund- oder Pflegerbestellung - ohne Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB - kennt das BGB, wie oben schon gesagt, nicht und dürfte auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung nicht zulässig sein. Der gesetzlich fixierte Pflichtcharakter der elterlichen Gewalt (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, § 1626 Abs. 2 BGB) bedingt, daß es für die zur Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes geeigneten Eltern keine Befreiungen von der Ausübung der elterlichen Gewalt gibt, es sei denn, daß der Gesetzgeber dies ausdrücklich zugelassen hätte. Eine Erleichterung der elterlichen Pflichten ist vom Gesetzgeber nur in Form der Beistandschaft vorgesehen worden.

Wegen dieses Pflichtcharakters der elterlichen Gewalt und mangels einer über die Anordnung einer Beistandschaft hinausgehenden Beschränkungsmöglichkeit bei Eignung der Inhaber der elterlichen Gewalt ist es dem Vormundschaftsrichter auch bei der außerehelichen Mutter, der nach § 1707 Abs. 2 BGB die elterliche Gewalt übertragen worden war, versagt, auf deren Antrag die elterliche Gewalt zu beschränken oder zu entziehen und einen Pfleger oder Vormund zu bestellen, ohne daß die Voraus-

setzungen der §§ 1666 ff. BGB vorliegen. Dem Vormundschaftsrichter ist auch bei der außerehelichen Mutter nur die Möglichkeit gegeben, auf Antrag der Mutter eine Beistandschaft anzuordnen.¹⁾

Es ist auch de lege ferenda keine Notwendigkeit ersichtlich, eine solche Beschränkungsmöglichkeit durch Vormund- oder Pflegerbestellung gesetzlich zuzulassen. Die Vorschriften der Beistandschaft genügen dann, wenn Hilfe und Entlastung bei der Ausübung der elterlichen Gewalt beantragt wird, den Bedürfnissen vollauf.

Eine freiwillige Beschränkung der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht ist also in jedem Falle immer nur in Form der Beistandschaft möglich. Daß es sich dabei um eine echte Beschränkung der Ausübung der elterlichen Gewalt handelt, kann nicht zweifelhaft sein. Abgesehen von der Übertragung der Vermögensverwaltung auf den Beistand (§ 1690 Abs. 1 BGB), wobei der Beistand die Rechte und Pflichten eines Pflegers erhält (§ 1690 Abs. 2 BGB), kann die außereheliche Mutter auch insofern in der Ausübung ihrer elterlichen Gewalt beschränkt sein, als sie gewisse Rechtsgeschäfte nur mit Genehmigung des Beistands vornehmen darf (§ 1687 BGB).

¹⁾ Aus allen diesen Gründen ist die Entscheidung des AG München in FamRZ 1965, 230, in der einer außerehelichen Mutter auf ihren Antrag hin die übertragene elterliche Gewalt wieder beschränkt worden war, auch im Hinblick auf die Einwilligung der Mutter in die Beschränkung nicht haltbar.

Da die Beistandschaft also eine Beschränkung des grundrechtlich verbürgten Elternrechts darstellt und diese Beschränkung von seiten des Elternrechtshabers auch freiwillig erfolgt, muß die Beendigung der Beistandschaft und damit die Wiedererlangung der uneingeschränkten Ausübung der elterlichen Gewalt jederzeit nach dem Belieben des Elternrechtshabers zulässig sein.¹⁾ Diese Rechtsfolge ist keineswegs selbstverständlich. In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, über den Antrag auf Beendigung der Beistandschaft solle das Vormundschaftsgericht frei befinden können.²⁾ Diese Auffassung wird im wesentlichen auf die über § 1691 Abs. 1 BGB entsprechende anwendbaren Vorschriften der §§ 1895, 1885 bis 1889 BGB über die Beendigung des Amtes des Gegenvormundes gestützt, die nur aus in der Person des Gegenvormunds oder aus im Interesse des Kindes liegenden Gründen die Beendigung zulassen. Angesichts der Grundrechtsnatur der elterlichen Gewalt und der mit ihr notwendigerweise verbundenen Sicherungen ist diese Auffassung verfassungswidrig.³⁾

Gernhuber⁴⁾ und Scheffler⁵⁾ weisen im übrigen darauf hin, daß es auf eine Zwangsbeistandschaft hinauslaufe, wenn gegen den Willen eines Inhabers der elterlichen

1) Siehe oben S. 126.

2) Palandt-Lauterbach § 1685 Anm. 2; Erman-Ronke § 1685 Anm. 2 b; Soergel-Siebert-Lange § 1692 Rdnr. 2; Dölle Bd. II § 99 VI (s. 341 f.).

3) So auch Gernhuber, Familienrecht, § 52 II 3 (S. 562).

4) A.a.O.

5) RGRK § 1692 Anm. 3.

Gewalt eine Einrichtung aufrechterhalten werde, die allein auf seinem Willen beruht; allein der Elternwille rechtfertige das staatliche Handeln; mit der Willensänderung verliere es (unbeschadet eines Eingriffs auf Grund der §§ 1666, 1667 BGB) seine Legitimität.¹⁾

Die Beschränkung der Ausübung der elterlichen Gewalt muß also unverzüglich aufgehoben werden, wenn ein Inhaber der elterlichen Gewalt (sei es die außereheliche Mutter, der die elterliche Gewalt übertragen worden ist, seien es die ehelichen Eltern) dies verlangt und die Beschränkung der Ausübung der elterlichen Gewalt in Form einer angeordneten Beistandschaft erfolgt war.

¹⁾ Ähnlich Beitzke in Achilles-Greifff § 1692 Anm. 4.

E. Der Referentenentwurf des Bundesjustiz-
ministeriums für ein Gesetz über die recht-
liche Stellung der außerehelichen Kinder.

Der nach den Ergebnissen der vorliegenden Arbeit zu fordernden Behandlung der außerehelichen Mutter bei der Beschränkung oder Entziehung ihrer elterlichen Gewalt scheint auch der im Mai 1966 vom Bundesjustizministerium herausgegebene "Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (Unehelichengesetz)" nicht gerecht zu werden.

Dieser der außerehelichen Mutter von vornherein größere Freiheit einräumende Reformentwurf¹⁾ hat neben den anderen zahlreichen Reformvorschlägen²⁾,

1) An Stellungnahmen dazu vgl. Knöpfel in FamRZ 1966, 273 ff.; Lange in JZ 1966, 727 ff.; Familienrechtskommission der EKD in JZ 1966, 735 f.; Zarbock in ZBlJugR 1966, 291 ff.

2) Vgl. z.B. die Vorschläge des 44. DJT (Beschluss B. II; Beschlüsse veröffentlicht in ZBlJugR 1962, 257 ff. und FamRZ 1962, 401), des Heidelberger Entwurfs des Deutschen Instituts für Vormundschafswesen (ZBlJugR 1963, 199 ff.); Zweigert in ZBlJugR 1962, 233 f., Beitzke in ZBlJugR 1963, 176 und auch Hübner räumen der außerehelichen Mutter ebenfalls von vornherein mehr Freiheit ein, als sie derzeit hat; desgleichen der Entwurf der Arbeiterwohlfahrt (§§ 1707 - 1707 b).

Die meisten Ostblockstaaten räumen der außerehelichen Mutter die uneingeschränkte elterliche Gewalt ein; vgl. z.B. das neue Familiengesetzbuch der DDR vom 20. 12. 1965 (Gesetzblatt der DDR 1966 S. 66 ff.) in den §§ 42 ff., insbes. § 46 (früher schon § 17 Abs. 1 des Familiengesetzbuches der DDR von 1950, Gesetzblatt der DDR 1950 S. 1037).

die der außerehelichen Mutter ebenfalls von vornherein mehr Rechte geben, wegen seiner Herkunft die besten Aussichten, vom Gesetzgeber bei einer Neuordnung des Rechts der außerehelichen Kinder, die durch Art. 6 Abs. 5 GG dringend geboten ist, als Gesetz verwirklicht zu werden;¹⁾ denn nach der Verabschiedung im Kabinett wird der Entwurf als Regierungsvorlage dem Bundesrat und Bundestag vorgelegt werden.

Der Entwurf räumt in seinem § 1705 S. 1 der außerehelichen Mutter ausdrücklich die elterliche Gewalt über ihr Kind ein, jedoch nicht die volle elterliche Gewalt. Im Unterschied zum bisherigen Rechtszustand soll der außerehelichen Mutter von vornherein auch noch die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten und die Vermögenssorge zustehen, aber mit vielen Beschränkungen durch die gesetzlich bestehende Amtsbeistandschaft des Jugendamtes (§§ 1706 Abs. 1, 1708) oder einen vom Vormundschaftsgericht besonders bestellten Beistand (1707). So soll der Beistand unter anderem in Abstammungs- und Unterhaltsfragen die Stellung eines Pflegers haben, ferner auch in sonstigen Angelegenheiten, die die Feststellung oder Änderung des Personenstandes oder Namens des Kindes betreffen (§ 1711). Weitere Beschränkungen der Mutter ergeben sich aus § 1706 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs, der auf die §§ 1687 bis 1689 BGB verweist. Danach ist die Genehmigung des

¹⁾ So auch Lange in JZ 1966, 727.

Beistands (oder Vormundschaftsgerichts) zu jedem Rechtsgeschäft erforderlich, zu dem ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wie z.B. bei Verfügungen über einen Anspruch oder ein Wertpapier des Kindes, bei Annahme einer geschuldeten Leistung, wenn der Anspruch mehr als 300 DM beträgt (§§ 1812 f. BGB), bei Grundstücksgeschäften (§ 1821 BGB), Verfügungen des Erben und bei Abschluß eines Lehrvertrages für längere Zeit als ein Jahr (§ 1822 Nr. 1, 6 BGB). Nach den entsprechend anzuwendenden §§ 1688, 1809, 1810 BGB wäre die Mutter auch bei der Anlegung und Abhebung von Geld des Kindes beschränkt.

Nun bestimmt der Entwurf weiterhin (§ 1706 Abs. 2 S. 1), das Vormundschaftsgericht habe, wenn es dem Wohle des Kindes entspreche, auf Antrag der außerehelichen Mutter anzuordnen, daß die Beistandschaft nicht eintritt, die Beistandschaft aufzuheben oder den Wirkungskreis des Beistandes zu beschränken. - Hier wird durch die Formulierung "... hat das Vormundschaftsgericht ... anzuordnen, ... aufzuheben oder ... zu beschränken" noch deutlicher als im derzeitigen § 1707 Abs. 2 BGB ("kann ... übertragen") ¹⁾ der Rechtsanspruch der Mutter ²⁾ auf Aufhebung der Beschränkung betont, wenn dafür

¹⁾ Der Vergleich mit § 1707 Abs. 2 BGB ist angebracht, da durch § 1706 Abs. 2 des Entwurfs ein ähnliches Ergebnis erreicht wird wie nach dem jetzigen § 1707 Abs. 2 BGB; so auch die Begründung des Entwurfs S. 88 rechte Spalte.

²⁾ Siehe dazu oben S. 87 ff.

die Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁾

Auf der anderen Seite heißt es aber in § 1706 Abs. 2 des Entwurfs, das Vormundschaftsgericht könne seine Entscheidung ändern, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich sei. - Damit soll also wiederum eine Norm als Grundlage der Beschränkung der elterlichen Gewalt der außerehelichen Mutter dienen, die gleichermaßen wie derzeit § 1696 BGB keineswegs den rechtsstaatlichen Erfordernissen bei Elterngrundrechtsbeschränkungen genügt, was oben im einzelnen bei Untersuchung des § 1696 BGB nachzuweisen versucht worden ist. § 1706 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs ist lediglich eine sinngemäße Wiederholung des Wortlauts des § 1696 BGB, der bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht während der Dauer der elterlichen Gewalt seine Anordnungen jederzeit ändern kann, wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält.

Die Tatsache, daß der Entwurf von "erforderlich", § 1696 BGB aber nur von "angezeigt" spricht²⁾, ist in diesem Zusammenhang nicht erheblich. Entscheidend ist, daß die Voraussetzung des § 1706 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs ("zum Wohle des Kindes erforderlich"), unter der die als Grundrecht

¹⁾ Die Begründung des Entwurfs spricht leider - dem Text des Entwurfs widersprechend und daher verwirrend - von "kann" und "sollte". Siehe Begründung S. 88 rechte Spalte: "Der Entwurf sieht daher vor, daß das Vormundschaftsgericht ... beschränken oder ... ganz aufheben kann. ... Ist die Beistandschaft nicht notwendig, so sollte sie ... aufgehoben werden. ... Stellt sich bereits vor der Geburt heraus, daß eine Beistandschaft nicht erforderlich ist, so kann das Vormundschaftsgericht anordnen, daß die Beistandschaft nicht eintritt."

²⁾ Zu diesen Begriffen vgl. oben S. 96 ff.

geschützte elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter in der Ausübung wieder eingeschränkt werden kann, nicht den Anforderungen genügt, die an die die elterliche Gewalt rechtmäßig beschränkenden Normen gestellt werden müssen; allein die Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles oder des Vermögens des Kindes können staatliche Eingriffe in das Elternrecht rechtfertigen.¹⁾ Diese engen Voraussetzungen sind aus den Begriffen "zum Wohle des Kindes erforderlich" nicht zu entnehmen. "Erforderlich" ist ein so weiter Begriff, daß auch Maßnahmen darunter gefaßt werden können, die nicht durch die Gefährdung oder Schädigung des Kindeswohles veranlaßt werden.²⁾ Um der Sicherung der grundrechtlichen Freiheit des Elternrechts vor ungerechtfertigten Eingriffen willen muß die Ermächtigungsgrundlage für Elternrechtsbeschränkungen ausdrücklich diese engen Voraussetzungen enthalten, wie das bei den §§ 1666 ff. BGB der Fall ist.

In der gleichen weitgefaßten und daher bedenklichen Form wie in § 1706 Abs. 2 S. 2 bestimmt der Entwurf in § 1711 Abs. 2 S. 2, daß das Vormundschaftsgericht dem Beistand auch ohne Antrag der außerehelichen Mutter die Vermögensverwaltung

1) Siehe dazu oben S. 110 f.

2) Dieser Auffassung sind offensichtlich auch die Verfasser des Entwurfs. In der Begründung S. 88, rechte Spalte unten, heißt es nämlich: "Es würde eine wesentliche Beeinträchtigung des Schutzes des Kindes bedeuten, wenn die Aufhebung der Beistandschaft unwiderruflich wäre und ein Eingriff des Vormundschaftsgerichts nur unter den erschwer-
ten Voraussetzungen der §§ 1666 ff. BGB gestattet wäre."

übertragen könne, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich sei.¹⁾

Insoweit ist der Referentenentwurf - von den Ergebnissen der vorliegenden Arbeit her betrachtet - zu beanstanden. Da die außereheliche Mutter Inhaberin des Elterngrundrechts des Art. 6 Abs. 2 GG ist, welches von vornherein alle Ausstrahlungen der elterlichen Gewalt umfaßt (wenn auch die Ausübung des Elternrechts zunächst teilweise beschränkt ist), so sind hoheitliche Beschränkungen der elterlichen Gewalt nur dann zulässig, wenn sie zur Beseitigung einer Gefährdung oder Schädigung der Person oder des Vermögens des Kindes erforderlich sind.

Keine Bedenken bestehen hinsichtlich des Verfahrens, das nach dem Entwurf einzuschlagen wäre, um gegebenenfalls die der außerehelichen Mutter von vornherein (in beschränktem Umfang) eingeräumte elterliche Gewalt zu beschränken. Wie die Begründung des Entwurfs selbst besagt, gelten für die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter grundsätzlich dieselben Vorschriften wie für die elterliche Gewalt über eheliche Kinder,²⁾ - also hier die §§ 1666 ff. BGB.

¹⁾ Auch hier lautet die Begründung (S. 91 linke Spalte) des Entwurfs: "Das Vormundschaftsgericht ist somit nicht durch die §§ 1667 bis 1669 BGB beschränkt."

²⁾ Begründung des Entwurfs S. 85 linke Spalte unten.

L e b e n s l a u f

Am 18. 6. 1938 wurde ich als Sohn des Finanzbeamten Otto Jakob Stephan und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Müller in Frankfurt a.M. geboren. Vom Jahre 1944 an besuchte ich die Volksschule, zuerst in Schotten/Oberhessen, wohin meine Familie infolge der Kriegereignisse evakuiert worden war, dann ab 1945 in Frankfurt a.M.-Höchst. 1949 wurde ich Schüler des Leibniz-Realgymnasiums in Frankfurt a.M.-Höchst. Nach der Reifeprüfung im Jahre 1958 begann ich das Studium der Rechte an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt a.M. Vom Wintersemester 1960/61 an setzte ich das Studium in Marburg an der Philipps-Universität fort. Hier studierte ich nebenbei auch Philosophie und Sozialpädagogik. Das rechtswissenschaftliche Studium beendete ich am 8. 11. 1963 mit dem ersten juristischen Staatsexamen. Bis zum Ende des Wintersemesters 1963/64 studierte ich noch weiterhin Philosophie.

Im Mai 1964 begann ich den juristischen Vorbereitungsdienst. Zur Fertigstellung der Dissertation wurde mir von März bis Ende November 1965 Sonderurlaub gewährt. In dieser Zeit war ich auch Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle am Institut für Öffentliches Recht der Philipps-Universität. Seit Dezember 1965 bin ich wieder im Vorbereitungsdienst. Am Institut für Öffentliches Recht bin ich nunmehr als wissenschaftliche Hilfskraft tätig.

Im Jahre 1962 heiratete ich meine Frau, Anne Stephan geb. Chlustin.

Hermann Stephan

